

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La médiation en droit administratif

Henrard, Pierre-François

*Published in:*

Administration Publique - Trimestriel

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Henrard, P-F 2015, 'La médiation en droit administratif: ébauche d'un mode d'emploi', *Administration Publique - Trimestriel*, Numéro 3, p. 359-381.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LA MÉDIATION EN DROIT ADMINISTRATIF : ÉBAUCHE D'UN MODE D'EMPLOI

par

Pierre-François HENRARD

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles\*

Collaborateur didactique à l'Université de Namur

## INTRODUCTION

1. À l'heure où les efforts législatifs et jurisprudentiels convergent vers une amélioration de la relation entre l'administration et ses usagers, par laquelle l'administration tend à être toujours plus proche du citoyen<sup>1</sup>, toujours plus accessible et compréhensible, il nous paraît opportun d'évoquer le sujet de la médiation. Ce mode alternatif de règlement des litiges représente, en effet, une manière plus humaine et plus souple d'appréhender le conflit<sup>2</sup> et pourrait dès lors constituer un complément idéal aux mesures déjà prises en vue de rapprocher l'administration du citoyen.

2. La médiation peut être définie comme « un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties entre lesquelles il existe un différend géré par un tiers neutre, indépendant et impartial, qui n'a aucun pouvoir juridictionnel et dont le rôle consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour (r)établir et faciliter la communication entre parties, mais aussi à conduire celles-ci à redéfinir leurs relations, entre autres, en les conduisant à trouver elles-mêmes une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une »<sup>3</sup>.

Ce procédé fait la part belle à la communication et à la qualité de la relation entre les parties aux conflits. Ce sont leurs intérêts, leurs émotions, leur ressenti, leur vécu et leurs points de vue qui sont au centre des débats<sup>4</sup>, ce qui permet une com-

préhension réciproque. La solution qui émane de la médiation est, dès lors, toujours plus créative et davantage orientée vers le futur que celle que serait susceptible d'apporter un juge.

Outre son caractère confidentiel, sa rapidité et son coût moindre que celui du recours au juge<sup>5</sup>, les principales caractéristiques, et aussi principaux avantages, de ce mode alternatif de règlement des conflits sont donc qu'il est volontaire quant à son recours et à sa fin, et que la solution au litige vient des parties elles-mêmes, ce qui implique une plus grande acceptation de celle-ci. Le médiateur se limite, quant à lui, à apporter son aide et à accompagner les négociations sans rien imposer.

3. La médiation en droit administratif est celle où l'une des parties impliquées est une autorité administrative qui dispose d'un pouvoir de décision unilatéral dont elle peut faire usage dans l'affaire qui fait l'objet de la médiation (l'octroi d'un permis, l'imposition d'une sanction administrative ou disciplinaire)<sup>6</sup>.

Elle est donc à distinguer de la médiation dans le cadre de laquelle l'autorité agit comme une personne privée (contrat de vente, location, réparation d'un dommage occasionné...) et non en tant que détentrice de compétences de droit public<sup>7</sup>. C'est uniquement sur la médiation impliquant une personne morale agissant en tant que puissance publique que porte la présente contribution.

\* La présente contribution constitue une version adaptée du mémoire de fin d'études présenté par l'auteur à l'Université catholique de Louvain (sous la direction du Professeur D. RENDERS).

<sup>1</sup> Recommandation Rec(2001)9 du Comité des ministres aux États membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (adoptée par le Comité des ministres le 5 septembre 2001, lors de la 762<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres).

<sup>2</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », in *Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 143.

<sup>3</sup> P.-P. RENSON, « La transcription de certains jugements homologuant des accords de médiation : l'intervention des notaires remise en cause ? », *J.T.*, 2009, p. 510.

<sup>4</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 269.

<sup>5</sup> E. LANCKSWEERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *T.B.P.*, 2010, p. 512 ; M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », *Ars Aequi*, 2001, p. 68 (P.-B.).

<sup>6</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het kader van de wetgeving op de gemeentelijke administratieve sancties : een unieke kans voor de gemeenten », *T. Gem.*, 2005, p. 55. Pour des exemples de situations dans lesquelles une médiation pourrait avoir du sens, voy. B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *T.B.P.*, 2014, p. 297.

<sup>7</sup> E. LANCKSWEERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 512. La médiation en droit administratif au sens où nous l'entendons se distingue également de la médiation dans laquelle l'autorité n'intervient pas en qualité de partie au conflit, mais plutôt en qualité d'organisateur de la médiation (par exemple, dans une médiation de quartier) (E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *T. Gem.*, 2003, pp. 98 et 108).

Deux précisions s'imposent encore en ce qui concerne le champ d'application de la présente contribution. D'une part, celle-ci portera uniquement sur la médiation intervenant après l'adoption d'un acte administratif, à l'exclusion de la médiation dans le cadre de l'élaboration de celui-ci, laquelle ne suscite pas tout à fait les mêmes difficultés<sup>8</sup>. D'autre part, seule sera abordée la médiation dite « processuelle », à l'exclusion de la médiation institutionnelle<sup>9</sup>. Ce dernier concept fait référence aux différents médiateurs établis à divers niveaux de l'administration et « chargés d'accueillir les réclamations relatives au fonctionnement des administrations, d'investiguer au sujet des cas de « maladministration » dénoncés et de formuler des recommandations en vue de remédier aux défauts constatés »<sup>10</sup>.

4. La médiation n'est pas une institution nouvelle en Belgique. Elle a, en effet, notamment déjà été dotée d'un cadre juridique général en 2005, par le biais d'une loi du 21 février 2005<sup>11</sup>, qui insère, dans le Code judiciaire, une partie générale consacrée à la médiation<sup>12</sup>, reprenant les principes généraux et garanties s'y appliquant<sup>13</sup>. L'on retrouve ainsi, parmi ceux-ci, la confidentialité, la suspension des

délais de recours, l'agrément des médiateurs et l'homologation de l'accord de médiation par le juge<sup>14</sup>.

Cette réglementation et, par conséquent, les garanties qu'elle prévoit ne sont toutefois pas applicables à la médiation en droit administratif. Le Code judiciaire prévoit, en effet, expressément que les personnes morales de droit public ne peuvent participer à une médiation qu'à condition qu'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ou une loi le prévoient<sup>15</sup>, ce qui n'est, jusqu'à présent, pas le cas<sup>16-17</sup>.

Cette interdiction faite aux personnes morales de droit public de recourir à la médiation en l'absence d'un texte les y autorisant doit cependant être relativisée. Il y a en effet lieu, à notre sens, d'apprécier cette restriction dans le contexte légal dans lequel elle s'inscrit et de la comprendre raisonnablement comme se limitant à la médiation telle que réglée par le Code judiciaire. Interprétée de cette manière, elle n'empêcherait, en revanche, pas le recours à la médiation dite « libre », à savoir celle qui se déroule en dehors du cadre établi par la loi, avec pour effet qu'il n'est pas

<sup>8</sup> La médiation est, en effet, recommandée non seulement pour apporter une solution durable à des conflits existants, mais aussi pour en prévenir l'émergence ou la formalisation. Il peut être déjà clair, dès avant l'adoption d'un acte administratif, que les points de vue des parties divergent et ne se concilieront pas d'eux-mêmes. Il est possible, dans certaines matières plus que dans d'autres, de prévenir de tels conflits, notamment avant l'introduction d'une demande de permis ou pendant la préparation de plans (E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, pp. 143 et 163 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, Brugge, die Keure, 2006, p. 279 ; Recommandation Rec(2001)9 du Comité des ministres aux États membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (adoptée par le Comité des ministres le 5 septembre 2001, lors de la 762<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres)). L'on parle alors de médiation préventive, par opposition à la médiation curative (L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 222).

<sup>9</sup> Voy. notamment R. ANDERSEN, « La médiation administrative en matière d'urbanisme en Région wallonne », in *D'urbanisme et d'environnement – Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 41 et s.

<sup>10</sup> B. HAUBERT et W. VOGEL, « Le contentieux administratif », in *Guide de droit immobilier*, 1998, p. VII.1.3.2. – 4. Il en va ainsi, notamment, des médiateurs fédéraux instaurés par la loi du 22 mars 1995, compétents pour les médiations impliquant des autorités administratives fédérales. Ce mécanisme ne correspond, en réalité, pas exactement à la notion de médiation au sens strict. Ainsi, l'ombudsman n'est pas choisi par les parties en conflit, il fait des propositions de solutions et n'est pas obligé de réunir les parties autour de la table (B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, pp. 305-306 ; E. LANCKSWEERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 515 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », in *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 183 ; B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 263-264).

<sup>11</sup> Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

<sup>12</sup> Il existait déjà auparavant un régime de médiation organisé par le Code judiciaire. Cependant, ce régime se limitait aux affaires familiales (B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 265).

<sup>13</sup> B. GAYSE, « Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag », *N.j.W.*, 2005, p. 438.

<sup>14</sup> D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, t. III, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 419-420.

<sup>15</sup> Art. 1724, al. 2, du C. jud. ; A. THILLY, « La nouvelle loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation », *R.G.D.C.*, 2006, p. 529 ; E. LANCKSWEERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 517 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in milieuvergunningen », *T.M.R.*, 2011, p. 10.

<sup>16</sup> Une proposition avait été faite, le 8 février 2013, pour insérer, dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État, un chapitre relatif à la médiation (Proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n° 5-1965/1, p. 8). Cette proposition, qui ne concernait que la médiation, en dehors du Code judiciaire, dans le cadre de recours introduits devant le Conseil d'État (et non dans la phase préalable à ce recours), est toutefois devenue sans objet suite au dépôt du projet de loi portant réforme de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État (*Doc. n° 5-2277*). Il y était notamment proposé de confier la mission de médiation à l'auditorat ainsi que de suspendre les délais de procédure une fois la médiation proposée. La médiation ne devait, en principe, pas durer plus de quatre mois (à l'exception d'une prorogation éventuelle n'excédant pas deux mois). Ces éléments n'ont cependant pas été repris dans le cadre de la réforme de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État (pour une discussion de ces éléments : B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, pp. 300-302).

<sup>17</sup> La possibilité d'organiser une médiation a, en revanche, bel et bien été prévue en Flandre devant le Conseil pour les contestations des autorisations, par le décret du 6 juillet 2012 modifiant diverses dispositions du Code flamand de l'aménagement du territoire, en ce qui concerne le Conseil pour les contestations des autorisations. Ce décret insérerait ainsi, dans le Code flamand de l'aménagement du territoire, un article 4.8.5. consacré à la médiation, également en dehors du cadre établi par le Code judiciaire. Cette disposition, qui a, entre-temps, été abrogée par l'article 77 du décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes et remplacée quasi à l'identique par l'article 42 du même décret, n'a, à notre connaissance, été mise en œuvre que deux fois jusqu'à ce jour. Dans les deux cas, la tentative de médiation n'a pas débouché sur un accord et la procédure devant le Conseil pour les contestations des autorisations a été poursuivie (B. WARNEZ, « De Raad voor Vergunningsbetwistingen als doorverwijzrechter voor bemiddeling », *T. Gem.*, 2014, p. 195). Sur la question de la répartition des compétences en la matière entre l'État fédéral et les entités fédérées, d'une part, et entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, d'autre part, voy. les réflexions de D. RENDERS et Th. BOMBOIS (D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 185 à 196). Voy. également B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 268-269).

possible de bénéficier des garanties établies par le Code judiciaire en matière de médiation<sup>18-19</sup>.

5. Partant du constat qu'il n'est, à l'heure actuelle, pas possible pour un citoyen ou une entreprise de bénéficier des garanties du Code judiciaire lorsqu'il ou elle participe à une médiation avec une personne morale de droit public, nous tenterons, dans le cadre de la présente contribution, de déterminer dans quelle mesure et à quelles conditions la médiation avec une telle autorité peut néanmoins constituer une alternative crédible à un recours au juge.

Le cadre de droit public dans lequel se situe l'action de l'autorité administrative amènera en effet, légitimement, un administré ou son avocat à émettre de grands doutes quant à la faisabilité d'une médiation en droit administratif. Certaines questions viennent ainsi rapidement à l'esprit, telles que celles de la nature des engagements qui pourraient être pris par l'autorité administrative, de la confidentialité du processus, de la représentation de l'autorité à la table des négociations, des délais de recours à respecter, de la spécialisation du médiateur ou encore de l'exécution de l'accord de médiation<sup>20</sup>.

6. Nous procéderons en trois temps. Le premier point sera consacré à la phase préalable à la médiation. Nous y énumérerons divers éléments auxquels il convient d'être attentif afin de démarrer une médiation en droit administratif sur les meilleures bases possible. Le deuxième point portera, quant à lui, sur le déroulement de la médiation et, plus exactement, sur la question de la confidentialité des informations échangées et sur celle des

engagements légalement admissibles de la part de l'autorité administrative et de l'administré. Enfin, le troisième et dernier point abordera la phase postérieure à la médiation et, plus particulièrement, l'hypothèse de l'absence d'exécution de l'accord de médiation qui serait intervenu.

## I. LA PRÉPARATION DE LA MÉDIATION

7. Avant de commencer une médiation en droit administratif, il est souhaitable que les parties au conflit s'engagent dans une réflexion sur un certain nombre de points.

Il convient, tout d'abord, de déterminer si l'on est en présence d'un différend propice à une résolution par la voie de la médiation (A.). Les parties doivent, ensuite, être attentives aux contraintes temporelles encadrant l'action administrative afin d'apprécier si celles-ci laissent suffisamment de place pour une médiation efficace (B.). Elles doivent, en outre, s'assurer que sont présentes à la table des personnes compétentes pour représenter et engager les différentes personnes en conflit (C.). Enfin, les parties doivent faire appel à un médiateur doté des qualités requises pour accompagner une médiation en droit administratif (D.).

### A. OPPORTUNITÉ DE LA MÉDIATION

8. L'appréciation de l'opportunité du recours à la médiation consiste à déterminer si celle-ci peut réellement constituer, pour les parties à un conflit, une alternative crédible à l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel<sup>21</sup>. Il est clair que tous les litiges en droit administratif ne se prêtent pas à une résolution par la médiation.

Cette appréciation doit, en principe, se faire *in concreto* et il n'est pas possible d'exclure<sup>22</sup> la médiation *a priori* en fonction de la catégorie du droit dans laquelle peut être rangé le conflit (permis, expropriation, nomination, concession, subside, plans, mesures de police, sécurité sociale). Ce sont, en effet, surtout les caractéristiques spécifiques du conflit et l'état d'esprit des parties impliquées qui définissent le bien-fondé du recours à une médiation<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> La question est, en partie, distincte de celle de la fixation de critères à suivre par le juge pour un éventuel renvoi vers la médiation en droit administratif. Pour une énumération de certains de ces critères aux Pays-Bas, voy. L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, op. cit., p. 186.

<sup>22</sup> M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », op. cit., p. 69 (P.-B.).

<sup>23</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, op. cit., p. 232 ; M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », op. cit., p. 69 (P.-B.).



Il n'empêche que la médiation trouvera son terrain de prédilection dans les domaines du droit administratif où l'autorité dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa compétence, ce qui lui donne une plus grande marge de négociation et lui permet de reconsidérer plus librement l'opportunité de la décision prise ou à prendre<sup>24</sup>. La présence d'une compétence liée ne constitue toutefois pas un obstacle absolu à la médiation, celle-ci pouvant, par exemple, porter sur les faits à la base de la décision, sur une mauvaise communication ou une rupture de confiance<sup>25</sup>.

9. La condition *sine qua non* du recours à la médiation est naturellement la disposition de toutes les parties (potentiellement) au conflit à s'investir dans une négociation, à s'ouvrir à la conciliation<sup>26</sup> et à trouver une solution, tout en ne cherchant pas uniquement à préserver leur seul propre intérêt<sup>27</sup>. Il suffit en effet qu'une seule personne (potentiellement) impliquée dans le différend ne désire pas participer à la médiation pour que l'attractivité de celle-ci s'en trouve considérablement diminuée<sup>28</sup>.

Cette condition s'explique tout simplement par le fait que, même si les tiers au processus de médiation ne sont pas liés par l'accord final qui en émergera, ils risquent cependant d'en ressentir les conséquences à travers l'acte administratif adopté subséquemment. Or, dans bien des cas, ces tiers disposeront d'un recours devant le Conseil d'État à l'égard de cet acte, par le biais duquel il leur sera possible de mettre à néant le résultat de la médiation<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *C.D.P.K.*, 2005, p. 774.

<sup>25</sup> A.W. OOSTERMAN et C.J.M. KRAMER, « Vertrouwelijkheid bij mediation in het bestuursrecht », in *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 133 (P.-B.); H.D. TOLSMAN, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 51 (P.-B.); A.F.M. BRENNINKMEIJER, « Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht », *N.T.B.*, 2004, p. 217 (P.-B.); K.J. DE GRAAF, *Schikken in het bestuursrecht*, ter verkrijging van het doctoraat in de Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen, 2004, p. 69 (P.-B.).

<sup>26</sup> Cela ne signifie pas que tout doit être négociable.

<sup>27</sup> B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, p. 297 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 167 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 232 ; A.F.M. BRENNINKMEIJER, « Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 219 (P.-B.).

<sup>28</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 779 ; D. ALLEWIJN, « Overheid », in *Handboek mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, p. 385 (P.-B.).

<sup>29</sup> L'implication de toutes les parties au litige dans la médiation et l'acceptation de l'accord qui en est issu signifieront, dans la plupart des cas, l'acceptation de l'acte administratif exécutant l'accord (A.F.M. BRENNINKMEIJER, « Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 215 (P.-B.)). Ce bienfait de la médiation disparaît dès qu'une partie au litige n'est pas intégrée dans le processus. La médiation risque alors de n'être perçue par l'administration que comme une perte de temps.

Le médiateur devra donc veiller à inviter à la table toutes les personnes disposant potentiellement d'un intérêt dans le litige et à ne pas se limiter aux parties entre lesquelles celui-ci a éclaté initialement<sup>30</sup>. Il va de soi que plus le nombre de personnes ayant un intérêt à défendre est élevé, moins la médiation constitue une voie indiquée, vu le risque qu'au moins l'une d'entre elles décide de ne pas s'impliquer. La médiation portera donc naturellement sur la résolution de litiges concernant davantage des actes administratifs individuels<sup>31</sup> que des actes réglementaires<sup>32</sup>.

Notons que si la médiation devait quand même avoir lieu en l'absence de tiers intéressés, le médiateur devrait alors s'assurer qu'il est bien tenu compte de leur intérêt, afin de diminuer les risques de recours au moment de l'exécution de l'accord de médiation<sup>33</sup>.

10. Il existe, à côté de cette condition essentielle, des indices plaçant en faveur d'un recours à la médiation.

Ainsi, celle-ci est tout indiquée en ce qui concerne les conflits dans lesquels le ressenti et les aspects non juridiques jouent un rôle déterminant. Parmi ceux-ci, l'on trouve notamment les conflits se situant principalement dans la sphère relationnelle, c'est-à-dire découlant d'une mauvaise communication<sup>34</sup>. La médiation constitue, en effet, le remède idéal lorsque le conflit juridique n'est que la manifestation formelle d'un conflit relationnel sous-jacent, par exemple entre deux voisins ou entre l'autorité et un administré, voire un de ses agents<sup>35</sup>. Le critère du degré de permanence de la relation et de nécessité d'une solution durable intervient également en faveur de la médiation<sup>36</sup>. Celle-ci est, en effet, en mesure de faire émerger une solution plus durable et plus adaptée que celle

<sup>30</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 125 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 779. Afin de déterminer l'identité de ces intéressés, il est recommandé de se référer à la jurisprudence du Conseil d'État en matière de recevabilité des recours (E. LANCKSWEERDT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 524).

<sup>31</sup> Même dans cette hypothèse, il n'est pas à exclure qu'un grand nombre de personnes doive être invité à la table. L'on pense notamment aux décisions pour lesquelles la réalisation d'une enquête publique préalable est nécessaire.

<sup>32</sup> Sauf lorsque le cercle des destinataires de l'acte réglementaire est restreint.

<sup>33</sup> D. ALLEWIJN, « Overheid », *op. cit.*, p. 387 (P.-B.).

<sup>34</sup> Cela ressort des critères élaborés lors des renvois vers la médiation par les juridictions administratives aux Pays-Bas (L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 186). Aux Pays-Bas, la médiation en matière fiscale est principalement utilisée dans ce type de conflit plutôt que dans les conflits concernant l'effet de la réglementation fiscale (C.P.J.M. DE WIT, « Mediation in belastingzaken : nuttig ? », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2007, pp. 32-34 (P.-B.)).

<sup>35</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 187.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 187 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 168.

qu'apporterait l'annulation d'une décision par le Conseil d'État.

La fragmentation d'un conflit en différents sous-conflits relatifs à des actes administratifs relevant d'autorités différentes<sup>37</sup> peut également servir d'incitant pour la recherche d'une solution globale *via* la médiation<sup>38</sup>. Cette fragmentation constitue en effet un obstacle pour l'administré dans la recherche d'une solution complète à son problème par le biais de recours administratifs et juridictionnels, qui n'apporteront, la plupart du temps, qu'une solution partielle, sans vision d'ensemble.

La médiation est, de même, la voie à suivre lorsque la rapidité de la solution est primordiale<sup>39</sup>.

11. Il existe en outre des contre-indications, dont il convient de tenir compte au moment d'apprécier l'opportunité du recours à la médiation.

S'il est question d'un conflit portant sur une question purement juridique, comme l'interprétation d'une loi, il sera préférable d'amener l'affaire devant le juge plutôt que de procéder à une médiation. La solution sera ainsi indiscutable et accessible de manière générale<sup>40</sup>. Il en va de même s'il est clair qu'une partie peut atteindre son objectif seule ou lorsque l'administré souhaite créer un « précédent », ou encore lorsqu'il est question d'une compétence liée<sup>41</sup>, sous réserve de ce qui a déjà été dit à ce sujet (voy. *supra*, n° 8).

La médiation est également déconseillée lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste dans le rapport de force entre les parties<sup>42</sup>. Le risque est en effet que, dans le cas où un accord interviendrait au terme d'une médiation, la partie faible ait le sentiment de ne pas avoir eu le choix et de ne pas avoir été réellement impliquée dans la solution du litige. Un tel déséquilibre est le propre des relations entre l'administration et les administrés. Il est toutefois possible de combler cet écart grâce

à l'intervention d'un médiateur spécialisé<sup>43</sup> : dans ce cas, la médiation pourra avoir lieu (voy. *infra*, D., n° 38).

## B. LE MOMENT DE LA MÉDIATION

12. L'opportunité du recours à la médiation s'apprécie également par rapport au temps dont disposent les parties pour la mettre en œuvre. Si l'un des atouts de la médiation est sa rapidité, il n'en demeure, en effet, pas moins que celle-ci doit idéalement se dérouler sans contraintes temporelles trop pressantes.

13. Cette exigence paraît assez difficile à rencontrer dans le cas d'une médiation intervenant après l'adoption d'un acte administratif, et ce, en raison de la brièveté des délais d'introduction des recours dont cet acte est susceptible de faire l'objet<sup>44</sup>. Les administrés doivent en effet garder ces délais à l'esprit et veiller à ne pas les laisser expirer s'ils ne veulent pas que les chances de réussite de la médiation soient réduites à néant. La menace de l'exercice d'un recours constitue, de fait, pratiquement le seul moyen de pression à disposition de l'administré, sans lequel l'autorité administrative sera peu encline à poursuivre la médiation.

Il est, en outre, à noter que si – cela n'est pas à exclure<sup>45</sup> – une autorité était disposée à poursuivre les négociations alors même qu'il n'existerait plus aucun risque de censure de l'acte administratif par le Conseil d'État, d'autres délais pourraient, dans certains cas, venir néanmoins priver la médiation de toute efficacité. Une médiation à ce stade est en effet susceptible d'aboutir au remplacement de l'acte administratif contesté par un nouvel acte administratif, formalisant, totalement ou partiellement, le contenu de l'accord issu de la médiation (voy. *infra*, II., B.). Or, l'administration n'est pas toujours libre de modifier comme elle le désire des décisions déjà prises. Elle est tenue, à cet égard, par les conditions et délais de la théorie du retrait des actes administratifs, telle que développée par le Conseil d'État. Les parties devront donc également être attentives à ces délais si elles veulent éviter qu'au moment d'exécuter l'accord, la théo-

<sup>37</sup> Cela vise l'hypothèse où plusieurs autorités sont compétentes pour régler chacune une partie du litige global.

<sup>38</sup> H.D. TOLSMA, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, op. cit., p. 89 (P.-B.); I.C. VAN DER VLIJES, S. PRONT et D. ALLEWIJN, « Van toetsen naar bemiddelen ; de bestuursrechter als ultimum remedium », *N.T.B.*, 1996, p. 214 (P.-B.).

<sup>39</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », op. cit., p. 169.

<sup>40</sup> M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », op. cit., p. 67 (P.-B.). Il pourrait en aller autrement s'il s'agit d'une réglementation applicable à un groupe déterminé et restreint dont les membres sont en contact permanent. Il ne serait alors pas forcément nécessaire de recourir au juge (I.C. VAN DER VLIJES, S. PRONT et D. ALLEWIJN, « Van toetsen naar bemiddelen ; de bestuursrechter als ultimum remedium », op. cit., p. 214 (P.-B.)).

<sup>41</sup> B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », op. cit., p. 297 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », op. cit., p. 774.

<sup>42</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, op. cit., p. 284 ; M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », op. cit., p. 68 (P.-B.).

<sup>43</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, op. cit., p. 284.

<sup>44</sup> Pour rappel, le circuit de contestation classique des actes administratifs amène, en règle générale, l'administré à introduire soit un recours administratif devant une autorité administrative, soit directement un recours juridictionnel devant le Conseil d'État, ce qui est possible lorsqu'aucun recours administratif obligatoire (c'est-à-dire devant, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, être exercé avant de pouvoir saisir le juge administratif) n'est prévu.

<sup>45</sup> L'administré disposera, en effet, quand même d'un moyen de pression s'il peut « se prévaloir de la violation par l'administration d'un de ses droits subjectifs » (en ce sens, voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », op. cit., p. 181). Il pourra, dans ce cas, brandir la menace d'un recours devant le juge civil.

rie du retrait empêche l'autorité de retirer un acte administratif antérieur<sup>46</sup>.

14. Vu la brièveté de ces différents délais, il ne sera, dans de nombreux cas, pas raisonnablement envisageable de clôturer une médiation avant l'expiration de ceux-ci<sup>47</sup>, d'autant plus que la médiation en droit administratif, au sens visé par la présente contribution, ne constitue pas une cause de suspension ou d'interruption de ces délais<sup>48</sup>.

Aussi, afin d'anticiper le risque d'échec<sup>49</sup> ou d'absence d'efficacité<sup>50</sup> de la médiation, il sera souvent nécessaire d'introduire, à titre conservatoire, en parallèle avec le commencement ou la poursuite de la médiation, le recours ouvert devant l'administration ou le Conseil d'État<sup>51</sup>, quitte à

<sup>46</sup> Conformément à cette théorie, le retrait d'un acte administratif individuel créateur de droit ne peut, en principe, être opéré que s'il porte sur un acte illégal, ce qui empêche tout retrait pour des motifs de pure opportunité, et s'il intervient dans le délai de recours pour excès de pouvoir (en principe, 60 jours). Un retrait est néanmoins encore possible au-delà de ce délai si « l'acte est réputé inexistant, est le résultat de manœuvres frauduleuses ou si la loi l'autorise expressément » (D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, p. 181) ou encore si le recours pour excès de pouvoir a été valablement introduit, jusqu'à la décision du Conseil d'État (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 800). En outre, selon R. Andersen et P. Nihoul, l'acte individuel créateur de droit irrégulier pourrait également être retiré au-delà du délai de soixante jours en cas de demande du destinataire de l'acte (R. ANDERSEN et P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 23). En ce qui concerne l'acte non créateur de droit, celui-ci peut être retiré en tout temps, qu'il soit illégal ou non (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 797 ; D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 180-181), ce qui laisse davantage de place pour la médiation.

<sup>47</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 163 ; E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 16. Notons qu'aux Pays-Bas, lorsque les juges administratifs renvoient vers la médiation, celle-ci doit être clôturée dans les trois mois du renvoi. La pratique démontre que pour certaines affaires, un tel délai est plus que suffisant, tandis que pour d'autres, cela peut s'avérer trop court (M. VROEMEN et D. ALLEWIJN, « Tijd voor mediation in het bestuursrecht », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2005, p. 34 (P.-B.)). Ainsi, selon les chiffres de 2007, il s'écoule, en moyenne, 33 jours entre le début de la médiation en droit administratif et la dernière réunion (A. DRAAIJER, « Vertrouwelijkheid en de Wob », *T.C.*, 2008, p. 7 (P.-B.)). Toutefois, les médiations dans lesquelles il est question d'un conflit centré sur le comportement (conflit de voisinage à l'occasion de l'octroi d'un permis, conflit lié à la fonction publique) ou dans lesquelles la véritable issue du conflit consiste en la prise d'une décision prendront généralement un temps plus long (M. VROEMEN et D. ALLEWIJN, « Tijd voor mediation in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 34 (P.-B.)).

<sup>48</sup> Désormais, le recours à un médiateur institutionnel suspend, quant à lui, le délai de recours devant le Conseil d'État (voir le nouvel alinéa 3 de l'article 19 des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, inséré par l'article 7, 3°, de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État). Il ne suspend, en revanche, toujours pas les délais de recours administratifs qui seraient éventuellement ouverts (voy., à ce sujet, B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, pp. 302-303).

<sup>49</sup> Ce risque d'échec sera d'ailleurs très élevé après l'expiration du délai d'introduction du recours, puisqu'une fois disparue la menace que celui-ci représentait pour l'administration, celle-ci n'aura plus beaucoup d'incitations pour poursuivre une médiation. Comme déjà dit, l'administré disposera quand même, dans certains cas, d'un moyen de pression s'il peut « se prévaloir de la violation par l'administration d'un de ses droits subjectifs » (en ce sens, voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, p. 181). Il pourra, dans ce cas, brandir la menace d'un recours devant le juge civil.

<sup>50</sup> Nous visons l'hypothèse où la médiation aboutit, mais où le résultat de celle-ci ne peut être mis en œuvre dans un acte administratif, en raison des limites imposées par la théorie du retrait des actes administratifs.

<sup>51</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, p. 183 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, pp. 796-797.

l'abandonner en cas de conclusion d'un accord<sup>52</sup>. Grâce à l'introduction d'un tel recours, l'administré se trouvera de nouveau dans une meilleure position face à l'administration et les parties disposeront d'un délai plus confortable pour parvenir à un accord<sup>53</sup>.

15. Si elle permet indéniablement de donner un second souffle à la médiation, l'introduction d'un recours administratif ou juridictionnel à titre conservatoire pourra toutefois, dans le même temps, en constituer la perte. Par l'exercice du recours, l'administré formalise en effet ses reproches. Le compromis sera dès lors plus difficile à atteindre, étant donné qu'à ce moment, les points de vue des parties se polarisent inévitablement, les procédures juridictionnelles ayant un effet amplificateur du conflit<sup>54-55</sup>.

À cet égard, l'on conseille, aux Pays-Bas, d'introduire un recours *pro forma*, c'est-à-dire un recours introduit dans le délai imparti, mais dont les bases ne sont pas mentionnées ou, si elles le sont, seulement sommairement, l'administré devant compléter la requête dans un certain délai<sup>56</sup>. Cela permet de prolonger les délais pour la médiation et de retarder une fixation formelle des positions<sup>57</sup>. Une telle possibilité n'existe toutefois pas en Belgique, ni pour les recours au Conseil d'État, ni, du moins pas à notre connaissance, pour les recours administratifs.

16. *De lege ferenda*, la meilleure manière d'alléger les contraintes temporelles pesant sur la médiation en droit administratif serait, bien évidemment, d'introduire un mécanisme de suspension ou d'interruption des délais de recours administratif et juridictionnel en cas de médiation

<sup>52</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 163.

<sup>53</sup> Ce délai ne s'en trouvera pas pour autant, dans tous les cas, fortement allongé. Ainsi, dans le cadre des recours administratifs obligatoires, l'autorité sera toujours tenue de respecter la procédure et les garanties procédurales (L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 280). L'autorité administrative se trouve, dans certains cas, soumise à un délai de rigueur plus ou moins bref, qui constituera un nouveau délai contraignant pour les parties. Le recours au Conseil d'État permettra, quant à lui, d'allonger le délai de retrait de l'acte contesté. L'on sait, en effet, que, lorsque l'acte administratif individuel créateur de droit est irrégulier, la possibilité de retrait et d'abrogation s'étend, en cas de recours devant le Conseil d'État, jusqu'à la clôture des débats, et ce, dans les limites du bien-fondé du recours (Ph. BOUVIER, *op. cit.*, p. 111).

<sup>54</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 166 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, pp. 282-283.

<sup>55</sup> Il est à noter que le Conseil d'État a récemment accepté, à la demande des parties, de remettre une affaire *sine die* afin de leur permettre de terminer une tentative de médiation (C.E., 4 novembre 2014, n° 229.034, *Stad Roselaere et corts*). Voy., à ce sujet, D. VAN HEUVEN, « Raad van State geeft bemiddeling alle kans », note sous C.E., 4 novembre 2014, n° 229.034, *T. Gem.*, 2015/2, p. 93.

<sup>56</sup> Art. 6:6 Awb et art. 4 Procesregeling bestuursrecht ; E. SCHUTTE et J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, p. 184 (P.-B.) ; P.O. DE JONG, *Beroep op tijd. Een onderzoek naar het tijdsbeslag van beroepsprocedures in eerste aanleg in het bestuursrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004, pp. 19 et 124 (P.-B.).

<sup>57</sup> K.J. DE GRAAF, *Schikken in het bestuursrecht*, *op. cit.*, p. 4 (P.-B.).



et pour la durée de celle-ci, tout en ne perdant pas de vue le « principe de sécurité juridique impliquant une prise de connaissance claire par les administrés du moment où une décision administrative individuelle devient définitive »<sup>58</sup>. Certains proposent ainsi que le recours à la médiation suspende « pendant un mois ou plus, le cours du délai de soixante jours dans lequel le recours en annulation doit être introduit devant le Conseil d'État »<sup>59</sup>.

Afin de rencontrer l'hypothèse où la médiation débiterait alors qu'un recours administratif ou au Conseil d'État serait déjà introduit, il y aurait, en outre, lieu de prévoir un mécanisme de suspension des délais pour la remise des mémoires et autres pièces de procédure<sup>60</sup>. Cela permettrait ainsi d'éviter que les parties soient forcées d'adopter des positions contradictoires dans le cadre du recours et de la médiation<sup>61</sup>.

### C. DES PERSONNES COMPÉTENTES AUTOUR DE LA TABLE

17. Il convient également, avant de procéder à une médiation, de s'assurer que les personnes amenées à se retrouver autour de la table sont compétentes pour régler le conflit opposant l'administré à l'autorité. Cette vérification doit se faire sur deux plans.

Premièrement, la médiation en droit administratif étant susceptible de déboucher sur l'exercice d'une compétence de droit public, il est nécessaire que la personne morale représentée à la table soit celle compétente pour adopter l'acte administratif, objet de la contestation, ou susceptible de mettre fin au litige. Une autorité administrative ne pourra, en effet, en aucun cas endosser, au terme d'une médiation, des obligations relatives à une compétence attribuée à une autre autorité. Tout au plus pourrait-elle contracter une obligation de moyens par laquelle elle s'engagerait à tenter

de convaincre une autre autorité compétente de prendre une décision déterminée. Il est dès lors, de loin, préférable, lorsque plusieurs personnes morales sont compétentes pour différents aspects d'un même litige, que celles-ci soient toutes impliquées, de manière à faire émerger une solution globale<sup>62</sup>.

Deuxièmement, la personne morale, qu'elle soit de droit privé ou de droit public, ne peut agir que par le biais de ses organes compétents. C'est par ceux-ci qu'elle pourra être représentée à la table des négociations.

18. C'est sur ce deuxième plan que nous nous concentrerons dans cette partie. Nous examinerons quels sont les organes compétents pour représenter l'autorité administrative dans chaque étape du processus de médiation (1). Ceux-ci n'étant pas toujours en mesure de participer eux-mêmes à la médiation<sup>63</sup>, nous déterminerons s'il est possible de passer outre à cet obstacle (2).

#### 1) Un organe compétent à la table

19. Ce sont, en principe, la loi ou les statuts de la personne morale qui déterminent les compétences de chaque organe<sup>64</sup>. Il convient en conséquence de s'y référer pour déterminer la personne compétente, disposant d'un mandat suffisant pour représenter la personne morale de droit public dans les actes, juridiques ou matériels, accomplis dans le cadre de la médiation<sup>65</sup>.

À cet égard, il est possible de faire la distinction entre la compétence d'approbation et de signature<sup>66</sup> du protocole de médiation (i), la compétence d'approbation et de signature de l'accord de médiation (ii) et la compétence pour représenter l'autorité dans les négociations<sup>67</sup> (iii).

<sup>58</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 271.

<sup>59</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, pp. 162 et 200 ; en ce sens également, voy. B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 271.

<sup>60</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, pp. 16-17. C'est ce qui est d'ailleurs prévu par l'article 42, § 4, du décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes (ancien article 4.8.5., § 4, du Code flamand de l'aménagement du territoire), qui dispose qu'« Une demande de médiation suspend les délais de procédure à partir de la date de réception de la demande par le Conseil pour les Contestations des Autorisations jusqu'à : 1° la date de validation de l'accord de médiation, visé au paragraphe 3, alinéa premier ; 2° le jour suivant la notification de l'interlocutoire, visé au paragraphe 3, alinéa trois ». C'est également ce qui était proposé dans la proposition du 8 février 2013 visant à insérer dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État un chapitre relatif à la médiation (Proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n° 5-1965/1, p. 23).

<sup>61</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>62</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 157 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 794. Cela vise, d'une part, l'hypothèse où plusieurs autorités sont compétentes pour régler chacune une partie du litige global et, d'autre part, l'hypothèse où la médiation a lieu en parallèle avec un recours administratif, ce qui peut nécessiter l'implication à la fois de l'autorité de recours et de l'autorité ayant adopté l'acte faisant l'objet du recours.

<sup>63</sup> D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 416-417.

<sup>64</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 151 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 793.

<sup>65</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 11 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 161.

<sup>66</sup> En effet, « s'agissant de la conclusion d'une convention par un pouvoir public, deux opérations doivent être distinguées ». Il faut, d'une part, qu'il y ait une décision de conclure la convention et, d'autre part, « l'acte matériel ayant pour objet de mettre en œuvre la décision de conclure la convention », en d'autres mots, la conclusion proprement dite (D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », in *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 121).

<sup>67</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 161 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 116 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, pp. 793-794.



### i) Le protocole de médiation

20. Le protocole de médiation est l'accord que les parties concluent au début du processus de médiation. Il formalise la volonté de recours à ce mode alternatif de règlement des conflits et en organise le déroulement et les modalités<sup>68</sup>.

21. La décision du recours à la médiation et, par conséquent, de la conclusion du protocole de médiation revient, en principe, à l'organe compétent pour adopter la décision au centre du conflit<sup>69</sup>. C'est en effet cet organe qui, seul, peut choisir de tempérer le caractère unilatéral de l'exercice de sa compétence, dans la mesure où cela lui est permis (voy. *infra*, II., B.). Il peut y avoir, au sein de la même personne de droit public, plusieurs organes compétents pour différents aspects d'un même conflit. Toutes ces personnes devront naturellement être impliquées dans la médiation<sup>70</sup>.

22. La conclusion du protocole de médiation revient, quant à elle, à l'organe habilité à représenter l'autorité<sup>71</sup>, qui n'est pas nécessairement l'organe compétent pour décider de recourir à la médiation. Il s'agira donc de déterminer si l'organe compétent pour la question au centre du conflit dispose également de la faculté d'engager la personne morale<sup>72</sup>. Dans la négative, la représentation sera alors assurée par l'organe exécutif<sup>73</sup>, qui exécutera la décision de contracter. C'est cet organe qui conclura le protocole de médiation, après l'approbation par l'organe compétent ou sous réserve de celle-ci.

Ainsi, au niveau communal, il est généralement procédé en deux phases lors de la conclusion d'une convention. Le conseil communal prend la décision de conclure un contrat, dont il détermine les conditions et le contenu, tandis que l'organe exécutif, le collège, est compétent pour exécuter cette décision et conclut donc le contrat<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> A.W. OOSTERMAN et C.J.M. KRAMER, « Vertrouwelijkheid bij mediation in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 137 (P.-B.) ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 300.

<sup>69</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 116.

<sup>70</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 794. Cela n'exclut pas qu'un organe s'engage, au terme de la médiation, à tenter de convaincre un autre organe d'agir d'une certaine manière.

<sup>71</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *op. cit.*, pp. 121-122 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 793.

<sup>72</sup> K. TOBBACK et J. VAN CAEYZEELE, « Dading door de overheid : bekwaamheid en bevoegdheid. Juridische grondslag en praktijkvoorbeelden », *Entr. et dr.*, 2011, p. 404 ; P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *C.D.P.K.*, 2001, p. 243.

<sup>73</sup> M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>74</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *op. cit.*, pp. 121-122.

### ii) L'accord de médiation

23. L'accord de médiation est celui qui met un terme au conflit et dans lequel est inscrite la solution au litige.

24. C'est également l'organe compétent pour prendre la décision faisant suite à la médiation qui devra approuver l'accord.

En ce qui concerne la conclusion de cet accord, c'est également l'organe habilité à représenter l'autorité qui est compétent. Les remarques établies ci-dessus pour le protocole de médiation sont, *mutatis mutandis*, d'application ici aussi.

L'exécution de l'accord reviendra, bien entendu, à l'organe compétent pour adopter l'acte administratif au centre du litige<sup>75</sup>.

### iii) Négociations

25. C'est l'organe compétent pour représenter l'autorité – le collège, pour une commune – qui participe, en principe, aux négociations<sup>76</sup>. Cependant, lorsque l'organe compétent pour mettre fin au conflit est distinct de l'organe compétent pour représenter la personne morale, la négociation de la conclusion du protocole et de l'accord de médiation ne sera menée de manière efficace que si l'organe compétent pour mettre fin au conflit y prend également part ou s'il lui est régulièrement fait rapport sur l'avancement des débats. Cette participation ou cet échange sont, en effet, nécessaires pour que l'organe ayant la question au centre du litige dans ses compétences puisse adhérer aux accords conclus et les approuver.

## 2) Alternatives

26. Il arrivera souvent que l'organe compétent, de par sa collégialité ou l'ampleur de ses tâches, ne soit pas à même de venir lui-même à la table<sup>77</sup>. Face à cet obstacle, deux voies peuvent être explorées : celle de la délégation de compétence (i) et celle de la médiation avec une personne incompétente pour engager l'autorité administrative sur le sujet en litige (ii).

### i) Délégation de compétence

27. Une autorité administrative ne peut, en principe, déléguer les compétences qui lui ont été attribuées<sup>78</sup>, celles-ci devant être exercées de la manière établie par la Constitution<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 162.

<sup>76</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 115.

<sup>77</sup> D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 416.

<sup>78</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 785.

<sup>79</sup> Art. 33 de la Constitution.

Les nécessités de la pratique aidant, la délégation de compétence a été permise, aussi bien par la Cour de cassation que par le Conseil d'État. Le principe demeurant celui de l'indisponibilité des compétences administratives, ce n'est toutefois qu'au prix du respect de conditions strictes que la délégation est admise<sup>80</sup>.

28. La condition déterminante, en ce qui concerne la médiation, est que la délégation ne peut concerner l'essentiel de la compétence : au contraire, elle ne doit porter que sur des mesures secondaires ou accessoires<sup>81</sup>, d'« exécution » ou de « détail »<sup>82</sup>. Il s'agit, par conséquent, de déterminer si une délégation de l'accomplissement des actes énumérés ci-dessus aboutirait au transfert de l'essentiel de la compétence de l'organe.

29. Bien que le protocole de médiation génère des obligations juridiquement contraignantes, comme l'obligation de participer de manière constructive à la médiation<sup>83</sup> ou l'obligation de confidentialité, celles-ci ne concernent, en grande partie, que le négociateur en tant que tel et non l'autorité qu'il représente. La conclusion d'un tel protocole n'implique aucun engagement de l'autorité relatif à l'exercice de ses compétences de droit public<sup>84</sup>. L'engagement dans la médiation ne crée, en effet, aucune obligation de résultat quant à son issue, la médiation étant un processus volontaire auquel il peut être mis fin à tout moment. Dès lors, il nous semble qu'il puisse y avoir délégation à ce sujet<sup>85</sup>.

30. L'accord de médiation ne pouvant, au mieux, comporter que des engagements sous réserve que l'autorité compétente estime ceux-ci en adéquation avec l'intérêt général au moment d'exercer sa compétence de droit public (voy. *infra*, II., B.), il paraît possible, pour celle-ci, de déléguer la faculté d'approbation et de signature de cet accord. Une telle délégation n'aurait, en effet, pas pour objet l'essentiel de la compétence<sup>86</sup>, l'autorité disposant toujours de la possibilité de s'écarter de l'accord de médiation, pour autant qu'il existe des motifs valables (voy. *infra*, II., B.). Ceci nous semble conforme au principe selon lequel « la délégation ne peut être que par-

tielle, la règle étant l'exercice personnel des compétences »<sup>87</sup>.

31. Les négociations n'étant pas des actes juridiques mais simplement des actes matériels, il est acceptable que l'organe représentant l'autorité puisse « déléguer » sa compétence<sup>88</sup>.

32. Pour autant que les autres conditions de sa mise en œuvre soient réunies, il est donc, à notre estime, possible pour les différents organes compétents d'effectuer une délégation de compétence valable dans le cadre d'une médiation, par exemple au profit de l'un de leurs membres ou des fonctionnaires<sup>89</sup>. Il sera alors nécessaire que ces derniers fassent un rapport régulier sur le déroulement des débats<sup>90</sup> et respectent les directives qui leur sont données, de manière à ce que l'organe compétent pour adopter l'acte administratif en exécution de l'accord de médiation puisse se retrouver dans ce dernier<sup>91</sup>.

L'idéal, lorsque l'organe compétent pour mettre fin au litige et l'organe représentant sont distincts, est, bien entendu, que ceux-ci délèguent leur compétence à une seule et même personne.

## ii) Personne incompétente

33. La médiation étant avant tout un processus informel, il est tout à fait possible qu'elle ait lieu avec une personne n'ayant qu'un pouvoir limité et ne pouvant engager juridiquement l'autorité compétente, surtout lorsque « le litige oppose un particulier plus à un fonctionnaire ou à un responsable déterminé qu'à l'entité elle-même »<sup>92</sup>. Le conflit pourra ainsi parfois être bien mieux résolu par la confrontation avec les personnes incompétentes mais directement concernées que par celle avec une personne compétente mais qui n'est pas réellement impliquée dans le conflit initial sous-jacent.

Le risque, dans ce cas, est toutefois que l'autorité ne se sente pas concernée par l'accord

<sup>80</sup> B. LOMBAERT, « La délégation de compétence en matière administrative et le pouvoir d'évocation du délégant », *A.P.T.*, 1997, p. 155 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 85.

<sup>81</sup> R. VAN MELSEN, « La voie étroite de la délégation de pouvoir, même autorisée », *J.T.*, 2015, p. 586 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 85.

<sup>82</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, p. 205.

<sup>83</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 162.

<sup>84</sup> « En «entrant en médiation», les parties ne renoncent à aucun de leurs attributs » (B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 265).

<sup>85</sup> En ce sens, voy. E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 162.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>87</sup> A.L. DURVIAUX, *Droit administratif*, t. 1, *L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 178.

<sup>88</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 162 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 794. Juridiquement parlant, il n'est pas correct de parler de délégation de compétence dans ce cas. En effet, pour « parler de délégation de compétence, il faut – et il suffit – qu'un véritable pouvoir d'adopter des actes juridiques ait été confié au délégué » (B. LOMBAERT, « La délégation de compétence en matière administrative et le pouvoir d'évocation du délégant », *op. cit.*, p. 155).

<sup>89</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 150 ; A.W. OOSTERMAN et C.J.M. KRAMER, « Vertrouwelijkheid bij mediation in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 139 (P.-B.). B. et L. Cambier évoquent également la possibilité d'une délégation à l'ombudsman (B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 270). Nous nous joignons à la critique émise à ce sujet par D. Renders (D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 416-417).

<sup>90</sup> D. ALLEWIJN, « Overheid », *op. cit.*, p. 384 (P.-B.).

<sup>91</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 163 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 116.

<sup>92</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 270.

intervenir. Le tout, pour les parties, est qu'elles soient conscientes de ces limites et qu'elles les intègrent dans leur réflexion vers une solution à leur conflit.

#### D. LE CHOIX DU MÉDIATEUR

34. Lorsqu'elles désirent recourir à la médiation, les parties en litige doivent s'entendre sur la désignation d'un médiateur, qui va les accompagner dans la résolution de leur conflit. Ce choix n'est pas à prendre à la légère, dès lors que la présence d'un médiateur de qualité est un facteur déterminant pour la réussite de la médiation.

35. Il n'existe actuellement aucune réglementation propre au droit administratif concernant les exigences de formation, les droits et les obligations des médiateurs<sup>93</sup>. Il n'existe donc pas non plus de processus officiel d'agrément<sup>94</sup> comparable à celui mis en place pour les matières civiles et commerciales, familiales et sociales<sup>95-96</sup>.

Pourtant, l'intérêt d'un médiateur agréé n'est pas négligeable. La technique de l'agrément garantit, en effet, le fait que le médiateur est formé et apte à « créer un climat de confiance entre les parties » et à « conduire au dialogue entre elles »<sup>97</sup>, et ce, dans le domaine du droit pertinent pour le conflit. Certains auteurs plaident dès lors pour une législation garantissant la qualité de la médiation, en permettant notamment l'agrément de médiateurs spécialisés dans les affaires administratives<sup>98</sup>. Les conflits entre l'administré et l'autorité présentent, en effet, une dynamique et des caractéristiques particulières<sup>99</sup> qui nécessitent la garantie d'une certaine expertise<sup>100</sup>.

36. À défaut du repère que constitue l'agrément, les parties seront bien avisées de recourir à un médiateur ayant bénéficié d'une formation suf-

fisamment approfondie à la technique de la médiation, grâce à laquelle il sera en mesure de restaurer et assainir la communication entre les parties et de faciliter les négociations<sup>101</sup>. Le médiateur en droit administratif devra en effet, avant tout, disposer des aptitudes et attitudes propres à tout médiateur, quel que soit son domaine d'intervention<sup>102</sup>.

Nous évoquons ci-dessous, de manière non exhaustive, quelques aptitudes dont devrait disposer tout médiateur en droit administratif.

37. Celui-ci doit, avant toute chose, être bien conscient du cadre de droit public dans lequel la médiation doit se dérouler<sup>103</sup> et du fait que l'autorité est soumise aux principes généraux de bonne administration, à la transparence, à la publicité de l'administration, et n'a d'autres compétences que celles qui lui sont attribuées<sup>104</sup>.

Il est ainsi essentiel que le médiateur veille bien à ce que l'obligation pour l'autorité de respecter ce cadre de droit public soit une donnée acceptée et comprise par toutes les parties au conflit<sup>105</sup>. Pour cela, il faut que lui-même ne soit pas « allergique » à certains comportements de l'autorité, notamment ceux propres à la bureaucratie<sup>106</sup>.

Il convient, dans le même temps, que le médiateur évite que l'administration campe sur sa position trop formelle<sup>107</sup>, suscitée par le rôle dominant de la loi et la réglementation<sup>108</sup>, pour laisser place à une véritable discussion et à l'expression et la prise en compte des intérêts de l'administré. Le médiateur doit tenter, autant que faire se peut, de procéder à la « déjuridicisation » du conflit<sup>109</sup>.

Il n'est, en revanche, pas certain que le médiateur doit être un expert dans le domaine faisant

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>102</sup> D. ALLEWIJN, *Met de overheid om tafel : vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, p. 41 (P.-B.). Comme tout médiateur, le médiateur en droit administratif devra avoir une connaissance parfaite de la médiation, du processus de médiation, de son cadre juridique. La connaissance des techniques de communication, du conflit, de la gestion des conflits sera également nécessaire. Il doit, en outre, être neutre, indépendant et impartial (E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 7).

<sup>103</sup> Pour une énumération de catégories de personnes pouvant faire office de médiateur en droit administratif, voy. E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>104</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 775.

<sup>105</sup> M. VROEMEN et D. ALLEWIJN, « Tijd voor mediation in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 33 (P.-B.).

<sup>106</sup> D. ALLEWIJN, *Met de overheid om tafel : vertrouwen in de overheid als centraal thema in mediation*, *op. cit.*, p. 43 (P.-B.).

<sup>107</sup> « Les règles sont les règles. »

<sup>108</sup> D. ALLEWIJN, « Overheid », *op. cit.*, p. 382 (P.-B.).

<sup>109</sup> En effet, observer une situation conflictuelle uniquement à travers le droit n'a d'autre effet que de réduire la perception de ce conflit et de laisser de côté des solutions pourtant évidentes. À l'inverse, faire place aux intérêts et aux émotions permet la mise place de fondations solides pour une résolution commune et complète du désaccord (D. ALLEWIJN, « Overheid », *op. cit.*, p. 382 (P.-B.)). Pour trouver une solution, il sera souvent utile de redéfinir le problème sous un autre angle. Plutôt que de tourner en rond et de buter sur la question de la légalité d'une décision, il vaut parfois mieux se pencher sur les intérêts des parties et se demander comment ceux-ci pourraient être satisfaits d'une manière légale.



l'objet de la médiation. Les opinions des auteurs à ce sujet divergent<sup>110</sup>. Il est clair que le médiateur n'est pas un juge et qu'il ne tranche donc pas le litige. Il est avant tout présent pour accompagner et faciliter le processus au cours duquel les parties trouveront finalement leur solution elles-mêmes<sup>111</sup>. Cependant, un médiateur manquant totalement d'expertise dans la matière risque de ne pas susciter la confiance des parties<sup>112</sup>. Un médiateur expert apporterait la garantie d'une solution conforme aux règles et principes généraux du droit auxquels sont soumis les pouvoirs publics<sup>113</sup>. Il serait, en outre, en mesure d'apprécier la marge d'appréciation dont dispose l'autorité, afin de pouvoir redéfinir le conflit de la manière la plus optimale, pour que, par exemple, une compétence liée ne constitue plus le nœud du problème<sup>114</sup>. Dès lors, une connaissance des spécificités du droit administratif est, selon nous, un minimum<sup>115-116</sup>.

<sup>110</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 176. L'auteur est pour une expertise (E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in milieu-vergunningen », *op. cit.*, T.M.R., 2011, p. 17). Dans le même sens: B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 272.

<sup>111</sup> B.E.L.J.C. VERBUNT et J.E. POLET, « Het opstellen van een mediationovereenkomst : enkele verbintenisrechtelijke aandachtspunten », *Contracteren*, 2004, p. 36 (P.-B.).

<sup>112</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 125.

<sup>113</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 272.

<sup>114</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 799.

<sup>115</sup> Le médiateur devra cependant veiller au fait que son expertise ne le mène pas à rejeter trop rapidement des solutions avant même que les parties en discutent et à les orienter trop directement et trop rapidement vers la solution la plus évidente selon lui, avec, pour effet, une implication moindre des parties dans l'émergence de leur solution (E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 125).

<sup>116</sup> Il avait été opté, dans la proposition de loi visant à insérer la possibilité de recourir à la médiation dans le cadre d'un recours devant le Conseil d'État, pour un degré d'expertise élevé du médiateur, puisqu'il était prévu que la mission de médiation serait confiée à un magistrat-médiateur, au sein de l'auditorat (Proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n° 5-1965/1, p. 23 ; B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, p. 301). Cette proposition de recourir à un magistrat-médiateur avait toutefois immédiatement fait l'objet de critiques au sein même du Conseil d'État, du point de vue tant de l'exigence d'impartialité que des difficultés pratiques qu'aurait engendrées cette nouvelle mission concernant l'organisation du travail de l'auditorat (n° 5-2277/3, pp. 12-13). Les critiques relatives à l'exigence d'impartialité pourraient être rencontrées, selon B. Warnez, M. Vankeersbilck et L. Vandenhende, en prévoyant que l'auditeur chargé de la mission ne sera pas chargé de la suite de la procédure. Les auteurs estiment, en outre, que la charge de travail supplémentaire qu'implique une telle mission et les répercussions négatives qu'elle pourrait avoir sur l'organisation de l'auditorat pourraient être compensées par les procédures qui seraient évitées en cas de succès (B. WARNEZ, M. VANKEERSBILCK et L. VANDENHENDE, « In het spoor van privaatrecht : wanneer springt het bestuursrecht op de bemiddelingstrein ? », *op. cit.*, pp. 300-302). S'il est vrai qu'un auditeur pourrait, moyennant le suivi des formations requises en matière de médiation, répondre aux conditions énumérées dans la présente section, il ne se justifie en tout cas aucunement, selon nous, que la loi réserve à l'auditorat le soin de procéder à la médiation, d'autant plus lorsque l'on connaît les questions de principe et de pratique que cela risque de soulever.

L'article 42, § 2, du décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes prévoit, quant à lui, que le médiateur peut être un juge administratif, un greffier, un référendaire ou un tiers proposé conjointement par les parties et doit répondre à différentes

38. Il est, en outre, indispensable que le médiateur soit capable de compenser les différences de force entre les parties existant aussi bien sur le plan juridique que dans les faits<sup>117</sup>. Cette exigence est, en réalité, commune à toutes les médiations<sup>118</sup>. Toutefois, la différence de force est particulièrement grande dans les conflits en droit administratif. Non seulement l'autorité peut agir unilatéralement<sup>119</sup> et dispose du privilège du préalable, mais elle bénéficie également souvent d'une expertise et d'une connaissance beaucoup plus poussées que celles du citoyen<sup>120</sup>. La tâche du médiateur consistera donc à s'assurer que le citoyen est mis au niveau de l'autorité sur le plan des informations à sa disposition, etc.<sup>121</sup>. En l'absence d'un tel rééquilibrage, le risque est grand que le citoyen se sente incompris, ne comprenne pas la position de l'autorité et n'accepte pas le résultat de la médiation si, par chance, un résultat est atteint.

## II. LE DÉROULEMENT DE LA MÉDIATION

39. Tout au long de la médiation, les parties échangent leurs points de vue, expriment leurs émotions, se confient, reconnaissent certains faits, écoutent et se comprennent mutuellement ; tout cela, dans l'optique de réinstaurer la communication entre elles et de rétablir leur collaboration en se tournant vers le futur. Afin que la peur d'un usage quelconque de leurs dires contre elles ne paralyse pas ce processus, il est important que la question de la confidentialité de la médiation soit évoquée (A.).

Ces débats, orientés vers la recherche d'une solution, déboucheront, dans un certain nombre de cas, sur des engagements de la part des parties. Encore faut-il déterminer le type d'engagements que peut légalement prendre une autorité administrative ainsi que ceux qu'elle peut « obtenir » de l'administré (B.).

conditions, parmi lesquelles, notamment, le suivi « d'une formation appropriée pour la pratique de la médiation ».

<sup>117</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 113 ; E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 155 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 781.

<sup>118</sup> S. BROUWERS, « Tucht en deontologie van de bemiddelaar », *Ius & Actores*, 2008, p. 27.

<sup>119</sup> Le particulier sera, dès lors, souvent la partie demanderesse.

<sup>120</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 155 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 780.

<sup>121</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 781.



## A. LA CONFIDENTIALITÉ

40. La confidentialité constitue un aspect essentiel de la médiation. La médiation n'offre, en effet, aucune garantie de réussite et un passage devant le juge dans le futur n'est pas à exclure. Il se peut également que la médiation ait lieu alors même qu'un juge est déjà saisi de l'affaire. Les parties ne laisseront dès lors pas libre cours à l'expression de leurs émotions, regrets, aveux, envies et intérêts, ne se montreront pas enclines à faire des concessions et à exprimer leurs faiblesses si ce qu'elles disent risque d'être utilisé contre elles pendant ou après la médiation<sup>122</sup>.

La confidentialité a donc pour objectif le fait que les parties ne se retrouvent pas, en participant à la médiation, dans une position plus défavorable que celle qui aurait été la leur si elles n'y avaient pas pris part<sup>123</sup>. Elle permet aux parties d'empêcher les autres de rendre public les éléments qui jouent en leur défaveur, mais les empêche également d'utiliser les éléments jouant en la défaveur de leurs adversaires, et ce, aussi bien dans une procédure juridictionnelle qu'en dehors<sup>124</sup>.

41. Il est, tout d'abord, nécessaire d'établir comment les parties peuvent assurer cette confidentialité et les éléments sur lesquels elle doit porter (1). Nous tenterons ensuite d'évaluer la mesure dans laquelle il est possible, pour l'autorité, l'administré et le médiateur, de respecter cette confidentialité (2) et (3).

### 1) La garantie de la confidentialité

42. Il s'agit ici de déterminer le moyen d'assurer le respect de cette confidentialité (i) ainsi que son objet exact (ii).

#### i) L'accord de confidentialité

43. L'article 1728 du Code judiciaire garantit la confidentialité de la médiation en soumettant les parties et les tiers intervenant à une obligation de confidentialité et le médiateur et les experts, au secret professionnel. Cette disposition ne s'appliquant pas dans le cadre d'une médiation en droit administratif, la confidentialité devra être prévue contractuellement, comme c'était le cas antérieurement à la modification du Code judiciaire en ce qui concerne la médiation.

44. L'obligation de confidentialité des parties nécessite donc, pour exister, l'incorporation d'une clause à cet effet dans le protocole de médiation<sup>125</sup>. Les personnes qui doivent être soumises à cette obligation contractuelle sont aussi bien les parties au conflit que le médiateur et les tiers impliqués dans le processus, tels que les préposés, les agents d'exécution, les experts et les témoins des parties<sup>127</sup>.

Dans la médiation en droit administratif en particulier, la notion de parties au conflit peut recouvrir un grand nombre de personnes, en raison des différentes couches de représentation. Il n'est pas réellement envisageable d'interdire aux personnes présentes à la table de partager les informations obtenues au cours de la médiation avec leur base (les habitants d'un quartier représentés par une seule personne à la table, par exemple) ou l'organe politiquement responsable, dès lors qu'il est nécessaire que ceux qui prennent en dernier recours la décision d'approuver la médiation et qui doivent implémenter son résultat soient informés du déroulement du processus<sup>128</sup>. Il faudra donc que le médiateur s'assure que toutes ces personnes sont parties à l'accord contenant une obligation de confidentialité<sup>129</sup>.

#### ii) L'objet de la confidentialité

45. Doivent être protégés par le secret les documents et communications faits au cours de la médiation et pour les besoins de celle-ci. Cela couvre notamment les points de vue des parties, les propos tenus, les aveux, les excuses, les solutions proposées, les lettres, les déclarations écrites, les informations et pièces échangées<sup>130</sup>.

Ces éléments ne seront, bien entendu, protégés que s'ils sont élaborés pendant et pour les besoins

<sup>125</sup> M. WAGEMANS, « Médiation et droit des contrats », *Revue du notariat belge*, 2004, p. 280.

<sup>126</sup> Il semble cependant que l'on puisse considérer que le médiateur est, même en l'absence d'une législation en ce sens, soumis au secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal (B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *R.W.*, 2004-2005, p. 1488 ; B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *R.W.*, 2003-2004, p. 9). P. Van Leynseele et F. Van de Putte estiment que le secret professionnel du médiateur « devrait pouvoir s'imposer facilement en jurisprudence » (P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, p. 256). Une chose est certaine, le médiateur sera tenu, lorsqu'il exerce une autre profession, de respecter le secret professionnel éventuellement lié à celle-ci (D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 419).

<sup>127</sup> K. ANDRIES, « "A secret shared is a secret lost" ? Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling », *op. cit.*, p. 49.

<sup>128</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 160.

<sup>129</sup> E. SCHUTTE et J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, *op. cit.*, p. 65 (P.-B.).

<sup>130</sup> A. VANDERHAEGHEN, « Bemiddeling en vertrouwelijkheid », *op. cit.*, p. 203 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 303.

<sup>122</sup> A. VANDERHAEGHEN, « Bemiddeling en vertrouwelijkheid », *N.j.W.*, 2009, pp. 195-197 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 159.

<sup>123</sup> K. ANDRIES, « "A secret shared is a secret lost" ? Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2011, p. 45.

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 47 et 58.

de la médiation<sup>131</sup>. Les éléments de preuve qui existaient déjà avant, et étaient accessibles indépendamment de la communication faite durant la médiation, ne peuvent, en revanche, pas bénéficier de la confidentialité, même s'ils sont utilisés dans le cadre de la médiation. Il s'agit d'éviter les abus consistant en ce que des informations essentielles sont immunisées de toute production dans une procédure ultérieure simplement parce qu'elles ont été utilisées lors de la médiation<sup>132</sup>. La confidentialité ne couvre, en outre, naturellement pas la réalité existant en toile de fond, qui peut toujours être prouvée par d'autres moyens que des documents ou communications faits spécifiquement au cours et pour les besoins de la médiation<sup>133</sup>.

Le résultat final de la médiation n'est, en principe, pas confidentiel et peut être dévoilé dans une procédure administrative ou juridictionnelle<sup>134</sup>, à moins que les parties n'en aient décidé autrement.

## 2) La confidentialité dans le chef de l'autorité

46. Le droit administratif, à l'inverse du droit civil, accorde une valeur toute particulière à la publicité. En témoigne l'introduction dans la Constitution de l'article 32, qui consacre le droit d'accès aux documents administratifs. Suite à l'adoption de cette disposition, diverses réglementations ont vu le jour, s'appliquant en fonction du niveau d'administration<sup>135</sup>. Ainsi, pour le niveau fédéral, c'est une loi du 11 avril 1994 qui organise la publicité de l'administration<sup>136</sup>.

47. Appliqués dans le cadre d'une médiation, ces textes pourraient faire obstacle au respect par l'autorité de son obligation contractuelle de confidentialité. Il ressort, en effet, de ces réglementations que tout administré a le droit de prendre connaissance de tout document administratif<sup>137</sup>. La notion de document administratif y reçoit une large portée, puisqu'elle recouvre « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose »<sup>138</sup>. L'accord de

médiation, s'il est écrit, constituera un document administratif, puisqu'il est à l'origine d'une décision de l'autorité<sup>139</sup>. Il en va de même pour les rapports des séances de médiation, des photos, cassettes, fichiers électroniques en possession de l'autorité<sup>140</sup>.

48. Il existe toutefois des exceptions à la publicité des documents administratifs. L'autorité peut ou doit, dans certains cas, refuser la publicité d'un document lorsque cela est justifié par des raisons touchant, notamment, à l'intérêt public, au respect de la vie privée ou encore au respect des informations d'entreprise ou de fabrication<sup>141</sup>. Il n'est cependant aucunement question d'une exception particulière à la médiation.

Les exceptions actuellement existantes pourront certes fonctionner, dans certains cas, à l'égard des documents relatifs à la médiation (protection de la vie privée, confidentialité des informations d'entreprise ou de fabrication, correspondance entre un avocat et son client, avis ou opinions communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité). Toutefois, même lorsqu'une exception sera dûment justifiée, le refus ne pourra pas nécessairement être pur et simple. Les législations prévoient qu'un accès partiel à l'information doit être permis lorsque la cause d'exclusion ne concerne qu'une partie du document<sup>142</sup>. La protection offerte par ces exceptions est donc limitée et ne permet pas de garantir de manière certaine la confidentialité en cas de médiation.

49. La confidentialité de la médiation ne pourra donc pas, dans bien des cas, être opposée par l'administration aux tiers à la médiation faisant la demande d'une information bien précise, et ce, nonobstant la conclusion d'un accord de confidentialité en ce sens<sup>143</sup>. Ceux-ci pourront, dès lors, utiliser les documents aussi bien dans le cadre d'un recours devant le Conseil d'État que pour une action en dommages et intérêts devant les cours et tribunaux, contre l'autorité ou contre

<sup>131</sup> K. ANDRIES, « "A secret shared is a secret lost" ? Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling », *op. cit.*, p. 55.

<sup>132</sup> B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *op. cit.*, p. 1488 ; B. GAYE, « Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag », *op. cit.*, p. 438.

<sup>133</sup> K. ANDRIES, « "A secret shared is a secret lost" ? Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling », *op. cit.*, p. 64 ; A. VANDE-RHAEGHEN, « Bemiddeling en vertrouwelijkheid », *op. cit.*, p. 203.

<sup>134</sup> E. LANCKSWEERT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 515 ; E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 8.

<sup>135</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 160.

<sup>136</sup> Il existe également, pour la Communauté française, un décret du 22 décembre 1994, pour la Région wallonne, un décret du 30 mars 1995, pour la Région de Bruxelles-Capitale, une ordonnance du 30 mars 1995 et, en ce qui concerne les communes et les provinces, une loi du 12 novembre 1997.

<sup>137</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 160.

<sup>138</sup> Art. 2, al. 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994. Les définitions sont similaires dans les

autres textes (P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 39).

<sup>139</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 160 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechtting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 792.

<sup>140</sup> E. SCHUTTE et J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, *op. cit.*, p. 90 (P.-B.) ; A. DRAAIJER, « Vertrouwelijkheid en de Wob », *op. cit.*, p. 7 (P.-B.).

<sup>141</sup> Voy., à cet égard, P.-O. DE BROUX, D. DE JONGHE, R. SIMAR et M. VANDERSTRAETEN, « Les exceptions à la publicité des documents administratifs », in V. MICHELIS (dir.), *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 133 et s. ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, « Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs », in *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 171 et s.

<sup>142</sup> D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, « Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs », *op. cit.*, p. 226.

<sup>143</sup> En ce sens, D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *op. cit.*, p. 155.

une autre partie à la médiation. Il n'est, en outre, pas à exclure qu'une partie à la médiation utilise son droit à la publicité afin de rendre publics des éléments en principe confidentiels en vertu de l'accord la liant à l'autorité, surtout si la médiation n'a pas abouti<sup>144</sup>.

Seule l'introduction d'une exception à cet effet permettrait de refuser la publicité d'informations issues de la médiation<sup>145</sup>. Si tel devait être le cas, il faudrait toutefois poser la question de la constitutionnalité d'une exception aussi générale à la transparence administrative<sup>146</sup>. Le mieux serait probablement de prévoir une exception à la publicité propre à la médiation, qui ne serait applicable qu'en cas d'échec de celle-ci. C'est en effet surtout dans ce cas de figure que la révélation de données confidentielles échangées lors de la médiation nous paraît pouvoir être la plus préjudiciable aux parties. Une exception similaire en cas de réussite de la médiation serait, en revanche, beaucoup plus discutable et probablement moins souhaitable, surtout si la médiation aboutit à l'adoption d'un nouvel acte administratif. Dans un tel cas, les documents liés à la médiation devraient faire partie du dossier administratif et être accessibles aux tiers, à moins qu'ils ne relèvent du champ d'application des exceptions classiques à la publicité. Il serait, en effet, difficilement justifiable que, dès lors qu'une décision aurait été adoptée à la suite d'une médiation, plus aucun accès au dossier administratif de celle-ci ne soit possible.

50. À cet obstacle de taille viennent également s'ajouter d'autres limites potentielles au respect de la confidentialité de la médiation par l'autorité, telles que les obligations de motivation formelle et de dépôt de l'ensemble du dossier administratif devant le Conseil d'État en cas de recours contre une de ses décisions. En effet, pour autant que la décision de l'autorité se base en grande partie sur les propos échangés et les accords conclus lors de la médiation, l'administration ne pourra éviter de reprendre, au moins partiellement, ces éléments dans la motivation de sa décision<sup>147</sup>, ainsi que dans le dossier administratif déposé devant le Conseil d'État<sup>148</sup>.

51. Si la confidentialité se retrouve grandement affaiblie par ces différentes règles auxquelles sont soumises les autorités administratives, il convient toutefois de relativiser l'impact de cette faiblesse sur l'opportunité du recours à la médiation. L'essentiel est que les parties aient conscience de l'existence de cette publicité, de l'obligation de motivation formelle et de dépôt du dossier administratif devant le Conseil d'État. Elles pourront alors en tenir compte afin d'en limiter les effets ou se demander dans quelle mesure il est réellement nécessaire<sup>149</sup> pour elles qu'il y ait confidentialité<sup>150</sup>. Il se pourrait en outre, dans certains cas, qu'elles estiment amplement suffisantes les exceptions à la publicité existant actuellement.

### 3) *Respect de l'accord de confidentialité par les administrés et le médiateur*

52. Reste à déterminer si la confidentialité à laquelle les parties s'obligent contractuellement dans le protocole de médiation peut fonctionner de manière efficace en ce qui concerne le médiateur et les parties autres que les autorités administratives.

53. L'on peut considérer que tel sera le cas tant que les parties resteront en dehors de toute procédure juridictionnelle. Une violation de cette obligation à ce stade pourra, en effet, être sanctionnée par les cours et tribunaux, par le biais d'une action en responsabilité contractuelle, pour autant que les conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette dernière soient réunies<sup>151</sup>.

54. C'est davantage devant les juridictions que le respect de l'obligation de confidentialité risque de s'avérer problématique. Il n'est, en effet, pas certain que l'accord de confidentialité puisse être opposé au juge administratif lorsque celui-ci aura à apprécier la légalité d'un acte administratif. En effet, il n'existe aucune règle<sup>152</sup>, ni, à notre connaissance, aucune jurisprudence en la matière.

p. 540), les documents échangés lors d'une médiation, autres que l'accord final lui-même, ne doivent pas figurer dans le dossier administratif, dès lors qu'ils seraient confidentiels et périphériques par rapport à l'élaboration de l'acte attaqué. Elle pourrait également, tout en déposant ces pièces, demander qu'elles ne soient pas communiquées aux autres parties, en se prévalant de leur caractère confidentiel (art. 87, § 2, al. 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État). Cette dernière manière de procéder n'empêcherait toutefois, en toute hypothèse, pas le juge administratif d'en prendre connaissance et de la prendre en compte dans l'appréciation du litige.

<sup>149</sup> Certains auteurs aux Pays-Bas estiment même que la confidentialité de la médiation n'est pas nécessaire dans le cadre de l'environnement et de l'aménagement du territoire (L.F. WIGGERS-RUST, *Mediation : een nieuw instrument in het speelveld van milieu en ruimtelijke ordening*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 1999, p. 46 (P.-B.)).

<sup>150</sup> A. DRAAIJER, « Vertrouwelijkheid en de Wob », *op. cit.*, p. 8 (P.-B.).

<sup>151</sup> En ce sens, voy. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *op. cit.*, p. 255.

<sup>152</sup> L'article 1728 du Code judiciaire, qui prévoit que « les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les

<sup>144</sup> A. DRAAIJER, « Vertrouwelijkheid en de Wob », *op. cit.*, p. 8 (P.-B.).

<sup>145</sup> En ce sens, D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *op. cit.*, p. 155. Certains auteurs aux Pays-Bas souhaitent, d'ailleurs, l'introduction d'une telle exception (A. DRAAIJER, « Vertrouwelijkheid en de Wob », *op. cit.*, p. 7 ; E. SCHUTTE et J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, *op. cit.*, p. 91 (P.-B.)).

<sup>146</sup> À propos de l'éventuelle introduction d'une telle exception en matière d'arbitrage, voy. D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « L'arbitrage en droit public belge », *op. cit.*, p. 157.

<sup>147</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 160 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 793.

<sup>148</sup> L'autorité pourrait toutefois considérer que, à l'instar des consultations juridiques (M. LEROY, *Contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2011,



Plusieurs questions sont dès lors en suspens. Le Conseil d'État peut-il se voir refuser un témoignage ou la communication de documents au nom de la confidentialité ? Peut-il ou doit-il refuser de prendre en compte un document produit devant lui alors qu'il est couvert par un accord de confidentialité ?

Une chose est certaine, l'auditeur peut, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction, entendre des témoins sous serment<sup>153</sup>. L'article 12, alinéa 2, du règlement de procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État prévoit également qu'« En vue de rédiger son rapport, l'auditeur correspond directement avec toutes les autorités et administrations et [qu']il peut leur demander, ainsi qu'aux parties, tous renseignements et documents utiles ». Les administrés et surtout le médiateur pourraient donc être appelés à témoigner devant le Conseil d'État ou à communiquer les documents en leur possession relatifs à la médiation.

55. Le risque que le médiateur puisse être amené à témoigner en justice, du fait qu'il n'existe aucune garantie de confidentialité dans son chef, aurait pour impact de miner les bases mêmes du processus de médiation. Non seulement le médiateur est une des personnes les plus au fait des informations échangées lors de la médiation, mais il en est également l'observateur le plus impartial, ce qui en fait un témoin idéal pour le juge.

L'on note toutefois que le Code judiciaire, dans ses articles 928 et 929, prévoit que le secret professionnel est un motif légitime pour le refus de témoigner et que le juge judiciaire a également admis, sur cette base, que le secret professionnel fasse obstacle à une demande de production de documents<sup>154</sup>. Le Conseil d'État pourrait donc très bien s'engager dans la même voie une fois que la question se présentera devant lui. « En vertu de l'article 2 du Code judiciaire, les dispositions de ce code ont, en effet, une valeur supplétive. Elles trouvent, dès lors, à s'appliquer à toutes les procédures juridiction-

nelles dans la mesure de leur compatibilité avec celles-ci. »<sup>155</sup>

Reste à savoir si un médiateur intervenant dans une médiation en droit administratif et, partant, en dehors du cadre prévu par le Code judiciaire peut être considéré comme soumis au secret professionnel<sup>156</sup>. Il semble que tel doive être le cas, au vu de l'importance accordée au secret professionnel du médiateur par les législations existantes, ce qui témoigne bien du fait que les médiateurs, qu'ils agissent dans le cadre de ces législations ou non, exercent bien une fonction ou une mission de confiance et sont, dans ce cadre, les dépositaires de secrets qui leur sont confiés<sup>157-158</sup>.

56. Face à toutes ces incertitudes, l'on ne peut que souhaiter la création d'une obligation légale de confidentialité à charge des parties et du médiateur, comparable à celle du Code judiciaire, moyennant les aménagements suggérés ci-dessus pour que l'autorité administrative soit toujours en mesure de respecter son obligation de motivation formelle des actes administratifs et pour éviter des abus en matière de publicité des documents administratifs et de constitution du dossier administratif.

## B. LES ENGAGEMENTS DES PARTIES

57. Au fil des négociations, des solutions se dégageront en vue de mettre fin ou de prévenir le conflit. Celles-ci impliqueront, dans la plupart des cas, des engagements de la part de l'autorité et/ou des administrés. Nous évoquons, dans cette partie, le type d'engagement que pourrait endosser l'autorité (1) et qu'elle pourrait « obtenir » de la part de l'administré (2).

<sup>155</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 272.

<sup>156</sup> P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *op. cit.*, p. 255. L'article 1328, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, du Code judiciaire prévoit, à cet égard, expressément que : « Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur. » Il n'est toutefois pas certain qu'un médiateur agréé puisse être considéré comme restant soumis à l'obligation de secret professionnel découlant de cette disposition lorsqu'il intervient dans une médiation ayant lieu en dehors du Code judiciaire.

<sup>157</sup> En ce sens, voy. Trib. trav. Liège, 25 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1149 ; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *op. cit.*, p. 1488 ; B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *op. cit.*, p. 9.

<sup>158</sup> Pour rappel sont considérées comme soumises au secret professionnel les personnes désignées par la loi et, de manière générale, toutes les personnes qui, selon la jurisprudence, sont dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie (art. 458 du Code pénal ; B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes », *op. cit.*, p. 4 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *op. cit.*, p. 256).



## 1) Engagements de l'autorité

58. La solution par excellence à un conflit avec une autorité administrative devrait, en principe, consister en l'engagement de celle-ci à adopter un acte administratif dont le contenu, déterminé à l'avance, satisferait tous les intérêts en présence. Pourtant, il est impossible pour l'autorité administrative de s'engager à exercer sa compétence de droit public d'une manière prédéterminée (i). Se pose alors la question cruciale de l'utilité d'une médiation en droit administratif si un tel engagement n'est pas envisageable (ii).

### i) Le principe : l'interdiction de contracter au sujet de l'exercice des compétences de droit public

59. Aussi bien les règles de droit public que celles de droit privé impliquent que la puissance publique n'a pas le pouvoir de s'engager de manière irrévocable à exercer sa compétence d'une manière déterminée<sup>159</sup>.

Sur le plan du droit public, c'est le principe de l'indisponibilité des compétences administratives qui y fait obstacle. Conformément à ce principe, déduit de l'article 33 de la Constitution, l'autorité administrative est tenue « d'exercer elle-même les compétences qui lui ont été confiées »<sup>160</sup>. Les compétences attribuées par la Constitution et par la loi ne constituent, en effet, pas des droits subjectifs dont l'autorité pourrait disposer librement<sup>161</sup>. Il s'en déduit qu'il est interdit « à une administration de se dépouiller d'une de ses compétences par la conclusion d'une convention »<sup>162</sup>.

Le droit civil aboutit à la même conclusion par le biais des articles 6 et 1128 du Code civil. La première disposition stipule que les conventions ne peuvent porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et la seconde, que les choses hors commerce ne peuvent faire l'objet d'une convention. Or, les dispositions légales qui fixent les compétences des autorités administratives sont d'ordre public et constituent des biens hors commerce<sup>163</sup>.

Ce n'est, en réalité, qu'en présence d'une habilitation législative particulière qu'il pourrait être passé outre au principe de l'indisponibilité des

compétences et qu'une autorité serait admise à transiger sur l'exercice de ses compétences<sup>164</sup>.

### ii) Tempéraments

60. L'impossibilité pour l'autorité de s'engager à exercer ses compétences d'une manière déterminée ne rend pas pour autant inutile le recours à la médiation en droit administratif. Celle-ci est, en effet, toujours susceptible de déboucher sur des engagements de l'autorité quant à ses compétences, et ce, en toute légalité.

Premièrement, il semble qu'une distinction puisse être établie entre l'engagement quant au résultat définitif de l'exercice d'une compétence et l'engagement quant à la manière d'exercer celle-ci, dans la communication et le dialogue en l'occurrence<sup>165</sup>. Dans cette seconde hypothèse, l'autorité se limite à tempérer l'unilatéralité de l'exercice de sa compétence, sans aller jusqu'à s'obliger irrévocablement à adopter un acte administratif déterminé. Elle promet à l'administré qu'elle tiendra compte du résultat de la médiation au moment d'adopter l'acte administratif.

Deuxièmement, l'autorité pourrait même être plus précise et s'engager à la prise d'une décision avec un contenu prédéfini, tout en précisant qu'il sera toujours tenu compte de l'intérêt général et de tout élément nouveau au moment de prendre la décision<sup>166</sup>. Ce faisant, l'autorité se réserve la possibilité d'adopter la décision qui lui semblera, au moment venu, la plus en adéquation avec l'intérêt général, préservant de la sorte son pouvoir d'appréciation. Elle ne s'engagerait ainsi qu'à titre précaire et révocable *ad nutum* à propos d'un sujet qui touche à l'ordre public, ce qui paraît admissible selon la doctrine ayant déjà abordé le sujet<sup>167</sup>.

61. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité ne contracte donc qu'une obligation de moyens<sup>168</sup>. Elle s'engage à fournir, comme un bon père de famille, les efforts nécessaires pour atteindre un

<sup>164</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.) », *op. cit.*, p. 217. Pour un exemple, voy. B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 261.

<sup>165</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 151 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 776.

<sup>166</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 776 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 162. Ainsi, lorsque la médiation a lieu avant l'octroi d'un permis, l'enquête publique qui suivra cette médiation ne sera pas dépourvue de toute utilité et l'autorité devra en tenir compte, en plus du résultat de la médiation, au moment d'adopter l'acte administratif.

<sup>167</sup> D. RENDERS et alii, *Droit administratif. Le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 414-416 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, p. 32 ; et en sens également, voy. R. ANDERSEN, « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *Amén.*, 1997, p. 38.

<sup>168</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 780 ; M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », *op. cit.*, p. 69 (P.-B.).

résultat déterminé, sans garantir que ce résultat sera atteint. La médiation avec l'autorité administrative ne pourra rien apporter de plus contraignant, ce qui est de nature à lui faire perdre une grande partie de son attrait<sup>169</sup>.

L'obligation que l'autorité est susceptible d'endosser au terme de la médiation, même si elle n'est que de moyens ou n'est faite que sous la réserve des exigences de l'intérêt général, ne laissera pas pour autant l'autorité entièrement libre d'agir comme elle l'entend, dès lors qu'elle implique au moins un engagement moral implicite<sup>170</sup>. Inévitablement, la médiation aboutira à retirer de son unilatéralité à l'acte administratif, ce qui n'échappera sans doute pas aux critiques.

Mais c'est bien là tout l'enjeu de la médiation : changer les mentalités et tempérer le caractère profondément unilatéral de l'action administrative. La médiation pourrait, en effet, constituer une manière plus adéquate pour l'administration de poursuivre l'intérêt général<sup>171</sup> ; surtout, si l'on accepte de concevoir celui-ci, au moins en partie, comme l'entrelacement des intérêts des citoyens, des entreprises, des groupes d'intérêts impliqués dans un conflit<sup>172</sup>. Du dialogue entre ces différents intérêts émergerait une décision conforme à l'intérêt général et d'autant plus acceptée qu'elle serait le résultat d'une participation de tous les intéressés<sup>173</sup>.

62. Toutes ces considérations sur les engagements de l'autorité ne doivent cependant pas faire perdre de vue que la médiation n'ira pas toujours de pair avec l'adoption d'une décision pour mettre un terme au conflit. La médiation est, en effet, l'occasion pour l'administration de bien exposer les raisons de sa décision et d'exprimer sa compréhension de la situation de l'administré. Elle est également l'occasion pour les parties de s'écouter, de se faire entendre et comprendre par l'autre<sup>174</sup>. Il

ressort, à cet égard, de l'expérience néerlandaise que, dans de nombreux cas, la décision contestée n'est pas modifiée au terme de la médiation. Ainsi, il arrive que la décision de l'autorité devienne acceptable pour l'administré après qu'une explication approfondie lui en a été donnée ou après l'engagement de l'autorité sur un plan tout autre que celui d'une prise de décision<sup>175</sup>.

## 2) Les engagements de l'administré

63. Le particulier peut également souscrire à des engagements dans l'accord de médiation. Ceux-ci peuvent l'être aussi bien envers l'autorité qu'envers d'autres particuliers qui sont également parties à l'accord. En effet, les conflits dans les régimes de polices permissives « opposent souvent, au premier rang, des voisins, des concurrents »<sup>176</sup>. La réussite de la médiation entre ces particuliers nécessite souvent l'association de l'autorité administrative dont la décision est au centre des débats<sup>177</sup>. Dans ce paragraphe, nous ne traiterons toutefois que des engagements pris envers l'autorité.

64. L'administré est, en principe, libre de contracter des obligations comme bon lui semble. Des questions pourraient cependant surgir lorsque l'autorité lie l'exercice de sa compétence à la prise et au respect des engagements de l'administré. La médiation pourrait, en effet, constituer l'occasion pour l'autorité d'obtenir de l'administré qu'il prenne des engagements dans l'accord de médiation, qu'elle n'aurait pu imposer de manière unilatérale, ceux-ci étant étrangers au but qu'elle poursuit.

Se pose plus précisément la question de savoir si les principes de légalité et, surtout, de spécialité viennent limiter cette possibilité, ce qui revient à se demander si l'autorité est liée par ces deux principes lors de la conclusion de contrats<sup>178</sup>. Cette question, qui fait débat aux Pays-Bas<sup>179</sup>, est loin d'être purement théorique. Ainsi que L. De Meeûs et Fr. Haumont le mettent en évidence, il n'est

<sup>169</sup> Nous verrons par la suite que ces engagements ne sont toutefois pas pour autant dénués d'effets sur le plan juridique (voy. *infra*, III.). En outre, il ne faut jamais perdre de vue que les bienfaits de la médiation ne se mesurent pas uniquement à l'aune de leur force juridiquement contraignante. La médiation apporte, en effet, une compréhension mutuelle entre les parties (E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 155 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 779).

<sup>170</sup> L. DE MEEÛS et Fr. HAUMONT, « Les phénomènes contractuels et les actes administratifs individuels », *Amén.*, 1997, p. 60. Les auteurs donnent en exemple un certain nombre de conventions, en dehors de toute médiation certes, dans lesquelles une autorité administrative contracte une obligation de moyens vis-à-vis de la prise d'une certaine décision.

<sup>171</sup> D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », *op. cit.*, p. 185.

<sup>172</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 152 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 777 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>173</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 152.

<sup>174</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 265 ; A.F.M. BRENNINKMEIJER, « Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflictoplossing in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 218.

<sup>175</sup> M. VROEMEN et D. ALLEWIJN, « Tijd voor mediation in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 33 (P.-B.) ; K.J. DE GRAAF, « De bestuursrechtelijke schikking. Over het sluiten van vaststellingsovereenkomsten hangende het beroep bij de bestuursrechter », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2005, p. 49 (P.-B.).

<sup>176</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 273.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>178</sup> En ce sens, voy. P. WAETERINCKX et P. CABOOR, « Dading door de overheid », *op. cit.*, p. 244. L. De Meeûs et Fr. Haumont vont dans le même sens à propos du principe de proportionnalité. Ils estiment que si l'autorité doit respecter ce principe lorsqu'elle impose des charges lors de la délivrance d'un permis, cela vaut aussi pour « les conditions anticipativement imposées par le biais d'une convention ou d'un engagement unilatéral » (L. DE MEEÛS et Fr. HAUMONT, « Les phénomènes contractuels et les actes administratifs individuels », *op. cit.*, p. 62).

<sup>179</sup> H.D. TOLSMAN, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, *op. cit.*, pp. 50 et s. (P.-B.).

pas rare que des communes, lorsqu'il ne leur est pas possible d'imposer certaines charges unilatéralement, utilisent le mécanisme contractuel pour « rencontrer l'obstacle juridique que constitue l'interdiction d'imposer de telles charges à l'occasion de la délivrance d'un permis de bâtir »<sup>180</sup>.

En application de ces principes, « les personnes de droit public ne peuvent agir que dans les limites de leurs compétences légales [...] Toutes leurs initiatives doivent pouvoir se rattacher à leur champ légal de compétence »<sup>181</sup>. Une autorité ne pourrait lier l'exercice de sa compétence à des engagements de l'administré sans relation avec celle-ci, par exemple des engagements dans une matière relevant de la compétence d'une autre autorité, ou, plus grossièrement, des engagements sur le plan financier<sup>182</sup>. « Les motifs de l'acte doivent rester en relation avec la finalité qu'il poursuit intrinsèquement et traduire une appréciation indépendante de l'autorité compétente. Un permis d'urbanisme ne peut être motivé que par des éléments urbanistiques ; une autorisation de police, que par des éléments relatifs au maintien de l'ordre. Si légitimes soient-elles, d'autres considérations, financières ou sociales, par exemple, ne peuvent justifier ni l'un ni l'autre. »<sup>183</sup>

65. Aux Pays-Bas, en raison de la ressemblance avec les prescriptions ou conditions d'une autorisation ou d'un permis, il est généralement accepté qu'une base légale explicite ou implicite soit requise pour la stipulation d'une prestation dans l'accord de médiation<sup>184</sup>.

Il nous semble qu'il devrait en aller de même en Belgique. Notons toutefois que, compte tenu de l'étendue du champ des compétences de certaines autorités, il sera parfois difficile de venir remettre en cause un acte administratif pour contrariété au principe de spécialité. En outre, rien n'empêche, lorsque plusieurs administrés sont parties à la médiation, que ces obligations soient, en réalité, prises entre eux et qu'elles n'interviennent en rien dans la motivation de l'autorité pour l'adoption de son acte administratif. L'autorité devra alors veiller à bien dissocier l'adoption de son acte des engagements pris par le bénéficiaire dans d'autres domaines<sup>185</sup>.

66. L'administré peut également prendre d'autres engagements, desquels ne dépend pas l'exercice de la compétence de l'autorité. Ainsi, afin de garantir le plein succès de la médiation, il est souhaitable, selon certains auteurs, d'incorporer dans l'accord un abandon de recours administratif et juridictionnel, qu'il soit déjà introduit ou non, contre l'acte sur lequel porte la médiation ou contre l'acte qui doit éventuellement être adopté en exécution de l'accord de médiation<sup>186</sup>. Il est clair, pour ces auteurs, qu'un tel abandon n'aura cependant aucune valeur en cas d'absence d'exécution conforme à l'accord de médiation<sup>187</sup>. Il convient de s'assurer qu'il est possible d'abandonner un recours administratif ou juridictionnel.

En ce qui concerne l'abandon d'un recours administratif, celui-ci est admissible, que ce soit *ex ante* ou pendant l'exercice de celui-ci<sup>188</sup>.

En ce qui concerne l'abandon d'un recours juridictionnel, les choses sont plus nuancées. Un tel abandon n'est admissible que pour autant que celui-ci intervienne en pleine connaissance de cause et ne soit pas contraire à l'ordre public<sup>189</sup>. En conséquence, abandonner un recours devant le juge administratif *ex ante* ne semble pas possible<sup>190</sup>. En effet, le recours pour excès de pouvoir étant réputé d'ordre public, il n'est pas possible d'y renoncer conventionnellement<sup>191</sup>. E. Lanckswaert contourne toutefois cet obstacle, en distinguant l'abandon *ex ante* et inconditionnel de tout recours de l'abandon *ex ante* du recours pour le cas où une décision précise serait adoptée conformément à l'accord de médiation<sup>192</sup>. Dans ce dernier cas, l'abandon de recours juridictionnel nous paraît effectivement acceptable, d'autant plus qu'un tel recours de l'administré ne serait probablement pas recevable, pour défaut d'intérêt, même en l'absence de clause en ce sens. Le particulier ne serait, en effet, pas à même de prouver un intérêt à contester une décision pour laquelle il a manifesté son accord<sup>193</sup>.

<sup>180</sup> L. DE MEEÛS et Fr. HAUMONT, « Les phénomènes contractuels et les actes administratifs individuels », *op. cit.*, p. 53.

<sup>181</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.) », *op. cit.*, p. 208.

<sup>182</sup> Les compensations financières auxquelles l'administré s'engage, par exemple à l'égard des riverains, sont des questions entre particuliers, en dehors desquelles reste l'autorité (E. LANCKSWAERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, T.M.R., 2011, p. 13).

<sup>183</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.) », *op. cit.*, p. 215.

<sup>184</sup> H.D. TOLSMAN, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>185</sup> D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.) », *op. cit.*, p. 216.

<sup>186</sup> E. LANCKSWAERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 148.

<sup>187</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>188</sup> E. LANCKSWAERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 12.

<sup>189</sup> E. LANCKSWAERT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 521.

<sup>190</sup> E. LANCKSWAERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 12.

<sup>191</sup> P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », *op. cit.*, p. 232.

<sup>192</sup> E. LANCKSWAERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 12. Dans ce sens, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 479.

<sup>193</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 779.



### III. L'ISSUE DE LA MÉDIATION

67. La médiation, lorsqu'elle est fructueuse, se clôture souvent par l'établissement d'un accord de médiation reprenant les engagements des parties<sup>194</sup>. Une fois l'accord de médiation conclu, celui-ci doit être exécuté. Dans nombre de cas, l'exécution de l'accord signifiera, pour l'administration, l'adoption d'un acte administratif conforme au résultat de la médiation.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'engagement que peut prendre l'autorité quant à l'exercice de ses compétences n'est pas des plus contraignants. Celle-ci disposera toujours de la possibilité de ne pas suivre l'accord, pour autant que l'intérêt général ou des éléments nouveaux le justifient, ce qui implique que l'exécution peut s'avérer problématique.

68. Nous nous intéresserons donc, dans ce point, aux moyens dont dispose l'administré pour amener l'administration à respecter ses engagements, lorsque les parties ne sont plus en mesure ou ne sont plus désireuses de se lancer dans une nouvelle médiation<sup>195</sup>. Notre étude se limitera à l'exécution des engagements portant sur une compétence de droit public.

Dans un premier temps, nous déterminerons s'il est possible pour les parties à la médiation d'incorporer l'accord dans un titre exécutoire (A.). Ensuite, nous examinerons l'éventualité d'un recours devant un juge pour en obtenir l'exécution forcée (B.).

#### A. TITRE EXÉCUTOIRE

69. L'intérêt de la médiation réside, notamment, dans sa rapidité et dans l'économie du passage devant le juge. Il serait donc idéal pour les parties qu'elles puissent disposer, comme cela est prévu dans le Code judiciaire, d'un moyen facile, prévu de manière claire par la loi, pour obtenir un titre exécutoire au terme de la médiation et, ainsi, éviter un passage devant le juge en cas d'inexécution<sup>196</sup>.

En l'absence de législation en ce qui concerne la médiation en droit administratif, les parties devront toutefois se référer au droit commun de l'exécution.

70. Conformément à ce droit commun, il est possible pour le particulier de disposer d'un titre exécutoire en faisant incorporer l'accord de médiation dans un acte notarié<sup>197</sup>.

S'il est clair que la force exécutoire de celui-ci s'étend aux obligations de payer une somme d'argent, il ne semble, en revanche, pas qu'il puisse « servir de base à l'exécution forcée d'obligations de faire ou de ne pas faire »<sup>198</sup>. Une partie de la doctrine estime certes que la force exécutoire des actes notariés pourrait également concerner les obligations de faire et de ne pas faire<sup>199</sup>. Cette position semble toutefois être minoritaire<sup>200</sup>.

Indépendamment de ce débat, il y a fort à parier que, compte tenu de la nature des obligations qu'est susceptible d'endosser l'autorité au terme de la médiation, le contenu de l'acte notarié ne serait pas jugé assez précis et concret pour qu'il puisse être procédé à des mesures de contrainte à l'égard de l'autorité.

D'une part, pour qu'il puisse y avoir exécution forcée, il convient en effet qu'il y ait inexécution. Or, l'inexécution de la part de l'autorité ne sera pas aisément identifiable, dès lors que ce n'est que si elle ne dispose manifestement pas de motifs valables pour s'écarter du contrat qu'elle sera en défaut d'exécuter l'accord. Elle ne pourra en effet, pour rappel, contracter qu'une obligation de moyens, lui permettant de conserver son pouvoir d'appréciation. Or, il ne revient pas à l'huissier de justice ou toute autre personne que le juge d'apprécier si l'autorité invoque des motifs qui ne sont manifestement pas valables.

D'autre part, même si l'inexécution de l'autorité pouvait être très précisément identifiée, celle-ci pourrait difficilement être contrainte de prendre une décision conforme à l'accord de médiation. Rien n'empêche, bien sûr, les parties de prévoir une clause pénale ou un système d'« indemnisation » dans l'accord, pour le cas où l'autorité ne serait pas en mesure d'adopter la décision prévue dans l'accord ou ferait preuve de réticence en la matière. Une telle obligation de payer sera susceptible d'exécution forcée si elle est reprise dans l'acte notarié. Toutefois, une indemnité trop grande « pourrait, dans certains cas, s'analyser comme un obstacle de fait à l'exercice du pou-

<sup>194</sup> E. LANCKSWEERT, « Naar een faciliterende wetgeving voor bemiddeling met openbare besturen », *op. cit.*, p. 514.

<sup>195</sup> Il est, en effet, toujours possible pour les parties de procéder à une nouvelle médiation pour résoudre le conflit qui ressurgit (H.D. TOLSMA, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, *op. cit.*, p. 135 (P.-B.)). Il convient, en outre, de garder à l'esprit que, dans la majorité des cas, le problème de l'inexécution ne devrait, en principe, pas se poser. En effet, les parties étant impliquées dans la recherche de la solution, elles seront d'autant plus enclines à l'exécuter.

<sup>196</sup> Le Code judiciaire permet, lorsque la médiation a eu lieu avec un médiateur agréé, d'obtenir facilement l'homologation de l'accord de médiation devant le juge compétent (art. 1733 et 1736).

<sup>197</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 300 ; V. LESSELIERS, « De notaris en bemiddeling : 10 jaar later », *Not. Fisc. M.*, 2009, p. 287.

<sup>198</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, « Les saisies – généralités : questions d'actualité », in *Droit de l'exécution*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 18, 1997, p. 29 ; A. BERTHE, « Saisies conservatoires et voies d'exécution : principes généraux », in *Actualités en droit de l'exécution forcée*, Liège, Anthemis, 2009, p. 59.

<sup>199</sup> J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 113.

<sup>200</sup> M. WAGEMANS, « Médiation et droit des contrats », *op. cit.*, p. 283.



voir de modification ou de résiliation unilatérale, et donc comme une violation du principe précité de l'indisponibilité des compétences administratives »<sup>201</sup>.

71. Une autre manière d'obtenir un titre exécutoire est l'obtention d'un jugement d'accord devant le juge judiciaire, ce qui ne sera possible que si le conflit concerne un droit subjectif<sup>202</sup>. Le juge administratif ne dispose, en revanche, pas de cette compétence<sup>203</sup>.

Toutefois, les difficultés relevées ci-dessus en cas d'inexécution des obligations reprises dans un acte notarié seront également présentes en cas de jugement d'accord. Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation que l'autorité contracte ne sera pas suffisamment précise pour qu'elle soit susceptible d'exécution forcée.

## B. RECOURS DISPONIBLES EN CAS D'INEXÉCUTION DE L'ACCORD

72. Au vu de la nature des engagements pris par l'autorité, l'incorporation de ceux-ci dans un titre exécutoire se révélera donc très souvent inutile pour l'administré. Seule lui restera la possibilité d'un recours juridictionnel.

73. Comme déjà dit, l'administré pourra conclure à l'inexécution de l'accord de médiation lorsque l'autorité n'adopte pas l'acte administratif convenu ou ne tient pas compte du résultat de la médiation, sans que l'intérêt général ou un élément nouveau le justifie. Une fois que l'administré constate une telle inexécution, il peut envisager l'exercice d'un recours juridictionnel.

Encore faut-il déterminer le juge compétent et les outils à sa disposition pour assurer le respect de la convention. À cet égard, un constat s'impose : il n'est, en principe, pas possible pour l'administré d'obtenir que l'administration soit contrainte d'adopter un acte conforme à l'accord de médiation (1). Reste à déterminer les possibili-

tés qui demeurent à sa disposition pour limiter les dégâts (2).

### 1) L'impossibilité de l'exécution forcée

74. Il n'existe aucune garantie quant à l'adoption d'un acte administratif conforme à l'accord de médiation, ni devant le juge judiciaire, ni devant le Conseil d'État.

En effet, le juge, judiciaire ou administratif, ne peut, en principe, contraindre l'administration à adopter une décision ayant un contenu déterminé en cas de compétence discrétionnaire<sup>204</sup>. Il lui est encore moins possible, en l'absence de dispositions en ce sens, de réformer une décision qu'il estimerait irrégulière<sup>205</sup>, en prenant une décision jouant le rôle d'un acte administratif<sup>206</sup>. L'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire et, en principe, le pouvoir juridictionnel ne peut se prononcer à la place de l'exécutif et ses démembrements, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs<sup>207</sup>.

75. Sous certaines conditions, il sera toutefois possible pour le juge judiciaire de donner des injonctions à l'autorité publique qui, selon les cas d'espèce, feront que celle-ci sera contrainte d'exécuter l'accord ou, à tout le moins, d'adopter un acte s'approchant de ce qui était prévu. Le principe de la séparation des pouvoirs n'interdit, en effet, pas au juge « d'enjoindre à l'autorité publique les mesures strictement nécessaires à la sauvegarde du droit subjectif, même si ces injonctions imposent à l'autorité d'accomplir des actes de puissance publique »<sup>208</sup>. Pour autant que l'administré puisse se prévaloir de la violation d'un droit subjectif et que les mesures imposées par le juge soient les seules « à même de sauvegarder les prérogatives de l'administré »<sup>209</sup>, il lui sera donc possible, dans certains cas, d'obtenir l'adoption d'un acte administratif conforme à l'accord ou l'interdiction de l'adoption d'un acte sans qu'il soit tenu compte du résultat de la médiation<sup>210</sup>.

<sup>201</sup> P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 273.

<sup>202</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 299. En effet, « Pour que le juge judiciaire soit saisi valablement d'un litige mettant en cause une autorité publique, le demandeur doit néanmoins faire valoir un droit subjectif qu'il prétend menacé ou violé par cette autorité. Les articles 144 et 145 de la Constitution l'imposent. Le juge judiciaire pourra alors sanctionner ce comportement et rétablir la victime dans ses droits » (Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *C.D.P.K.*, 2005, p. 26).

<sup>203</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, pp. 183-184, 191 et 299. L'article 42, § 3, du décret du 4 avril 2014 relatif à l'organisation et à la procédure de certaines juridictions administratives flamandes prévoit, quant à lui, explicitement que « Si la médiation aboutit à un accord de médiation, les parties peuvent ou un d'entre eux peut demander au Conseil pour les Contestations des Autorisations de valider cet accord ». Il est, en outre, prévu que la validation de l'accord pourra uniquement être refusée si l'accord est contraire à l'ordre public, la réglementation ou aux prescriptions urbanistiques.

<sup>204</sup> En ce sens, voy. L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>205</sup> Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *op. cit.*, p. 42.

<sup>206</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 183.

<sup>207</sup> Cass., 4 mars 2004, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 171-188.

<sup>208</sup> Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *op. cit.*, p. 40.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>210</sup> Th. Bombois estime notamment qu'un juge pourrait, lorsque cela est conforme aux conditions exposées ci-dessus, interdire au directeur d'un bureau de chômage de prononcer une sanction sans tenir compte de certains éléments de faits (Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique... Vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *op. cit.*, p. 41).

## 2) Des solutions de second rang

76. Si l'administration ne peut être contrainte d'exécuter l'accord, il existe néanmoins des incitants pour l'observation de celui-ci. L'accord de médiation n'est, en effet, pas dénué d'effets sur le plan juridique et les parties ne sont pas sans recours.

77. Au terme de la médiation en droit administratif, deux types d'actes sont susceptibles d'être au centre des débats en cas d'inexécution de la convention.

D'une part, il y a bien sûr la convention elle-même, qui contient l'accord de médiation. Il est possible pour l'administré d'exercer un recours devant le juge judiciaire en s'appuyant sur celle-ci<sup>211</sup> (i).

D'autre part, il y a éventuellement un acte administratif qui a été adopté par l'autorité d'une manière non conforme à l'accord de médiation. Cet acte pourra être entrepris devant le Conseil d'État, avec succès si l'administré prouve son illégalité (ii).

### i) Recours devant le juge judiciaire

78. Dans le cas où l'administration s'écarte de ses engagements sans que cela se justifie par l'intérêt général ou par un nouvel élément, celle-ci s'expose à la condamnation, par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, au paiement de dommages et intérêts sur la base de sa responsabilité contractuelle<sup>212</sup>, pour autant que l'administré parvienne à prouver les conditions de celle-ci.

### ii) Recours devant le Conseil d'État

79. Le Conseil d'État ne peut connaître que de recours portant sur des actes administratifs unilatéraux, à l'exclusion des contrats<sup>213</sup>. C'est donc à travers l'acte administratif adopté suite à la médiation que le juge administratif pourra donner un certain effet à l'accord de médiation.

Dans l'hypothèse où l'inexécution prendrait la forme d'un refus de prendre une décision, l'administré ne pourra exercer un recours devant le Conseil d'État que lorsque l'absence de décision pourra être interprétée comme une décision implicite de rejet. Une telle interprétation ne sera possible que lorsque l'autorité est tenue de prendre une décision<sup>214</sup>.

Reste à déterminer dans quelle mesure le Conseil d'État pourra donner effet à l'accord de médiation.

80. C'est principalement *via* les principes de bonne administration que la juridiction pourra prendre en compte cet accord et annuler la décision si l'autorité s'en écarte sans motifs valables. Ce sont plus précisément le devoir de minutie et les principes de légitime confiance et de motivation matérielle<sup>215</sup> qui devraient permettre au Conseil d'État de prendre en compte le résultat de la médiation, comme une donnée de fait<sup>216</sup>.

Conformément au principe de minutie, l'autorité est tenue de mettre en balance tous les éléments et données utiles qui peuvent influencer sa décision, afin de prendre celle-ci « en pleine et entière connaissance de cause »<sup>217</sup>. Ce principe a donc pour effet que l'autorité ne pourra ignorer l'accord de médiation ainsi que toutes les informations reçues au cours des négociations, celles-ci constituant indubitablement des éléments utiles pour la décision<sup>218</sup>. Il impliquera bien entendu, dans le même temps, que l'autorité ne pourra également ignorer tout autre élément nouveau, ressortant, par exemple, d'une plainte ou d'une enquête publique et qui pourrait influencer sa décision dans un autre sens.

En vertu du principe de légitime confiance, l'autorité est tenue de répondre aux attentes qu'elle a créées, notamment par ses promesses faites dans un cas concret<sup>219</sup>. Ce principe oblige dès lors l'autorité à honorer les attentes suscitées chez l'administré par la conclusion d'un accord de médiation<sup>220</sup>. L'autorité s'étant engagée sous réserve, ce n'est toutefois que si elle ne peut invoquer des motifs entrant dans cette réserve que l'administré pourra utilement invoquer ce principe.

tration « ne peut s'interpréter comme une décision implicite de rejet au sens de l'article 14, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État » et « le refus de statuer sur le recours n'est de même pas un acte attaquant au Conseil d'État » (P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 218). En revanche, dans le cas d'un recours administratif organisé, l'autorité administrative est dans l'obligation de statuer. L'administré ne sera donc jamais dépourvu de recours afin d'obtenir le respect de l'accord de médiation si la médiation a lieu à ce stade.

<sup>215</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 12.

<sup>216</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 789.

<sup>217</sup> P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 162 ; E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 154 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 778 ; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 318.

<sup>218</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 111 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 778.

<sup>219</sup> P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 48.

<sup>220</sup> E. LANCKSWEERDT, « Bemiddeling met en door gemeenten », *op. cit.*, p. 111 ; L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 242.

L'autorité est, en outre, soumise au principe de motivation matérielle<sup>221</sup>. Conformément à celui-ci, tout acte administratif doit reposer « sur des motifs de droit et de fait, exacts, pertinents et légalement admissibles »<sup>222</sup>. L'obligation de motivation n'oblige, en principe, pas l'autorité administrative à répondre à tous les arguments de l'administré<sup>223</sup>. Elle implique cependant, dans le cas de la médiation, que l'autorité devra motiver pourquoi ce qu'elle a jugé être dans l'intérêt général au moment de conclure l'accord ne l'est plus au jour de la prise de décision<sup>224</sup>. L'autorité devra démontrer pourquoi elle n'a pas pu exécuter le contrat dans les circonstances spécifiques de l'affaire<sup>225</sup>.

Dès lors, dans l'hypothèse où l'autorité ne motiverait pas sérieusement un écart par rapport à l'accord de médiation, elle s'exposerait à l'annulation de l'acte administratif par le Conseil d'État, pour violation de ces principes<sup>226</sup>.

81. Combinés, le devoir de minutie et les principes de légitime confiance et de motivation matérielle confèrent donc à l'accord de médiation une valeur juridique certaine.

Ils n'empêcheront toutefois pas que, si l'autorité a réellement des motifs pour s'écarter de celui-ci, elle puisse le faire. Des réclamations pendant des enquêtes publiques, des avis, des recours, des remarques émis par des tiers au cours du processus décisionnel pourraient ainsi valablement justifier que l'autorité s'écarte de l'accord de médiation<sup>227-228</sup>.

## CONCLUSION

82. Lorsque l'on contemple, depuis le seuil de la médiation, le chemin à suivre pour atteindre

l'efficacité de celle-ci, il est compréhensible qu'un administré soit découragé d'y recourir. En effet, celui-ci, s'il ne prend pas garde, risque de perdre ses droits de recours et de voir des informations sensibles utilisées à son désavantage. Tout cela pour n'obtenir qu'un « vague » engagement de l'autorité, à l'égard duquel il ne disposerait d'aucune possibilité de contrainte.

83. Au terme de cette étude, il nous paraît toutefois clair que la médiation est en mesure de jouer un rôle efficace dans le rapprochement entre la puissance publique et l'administré.

Lorsque les critères permettant d'identifier le caractère opportun du recours à la médiation sont réunis, les difficultés suscitées par le cadre de droit public, dans lequel la médiation en droit administratif doit s'exprimer, nous semblent, en effet, pouvoir être évitées, avec plus ou moins de succès selon les cas d'espèce.

84. Ainsi, malgré la présence de contraintes temporelles importantes, il est possible de pratiquer une médiation dans un climat relativement serein, pour peu que celle-ci ait lieu en combinaison avec un recours administratif organisé ou un recours devant le Conseil d'État.

La question de la compétence de la personne représentant l'autorité administrative à la table des négociations ne devrait, quant à elle, pas, en pratique, soulever trop de difficultés.

De même, l'absence d'un système de formation et d'agrément propre au droit administratif ne devrait pas constituer un obstacle absolu à la médiation avec les autorités publiques. Un médiateur formé de manière générale à la technique de la médiation pourra probablement, dans un certain nombre de cas, être d'une aide suffisante, d'autant plus si celui-ci est un praticien du droit administratif.

Une difficulté paraît toutefois infranchissable : la confidentialité du processus de médiation. En effet, celle-ci subit notamment les attaques combinées de la publicité de l'administration et de l'obligation de motivation des actes administratifs. Néanmoins, dans bien des cas, les parties pourront, à notre estime, passer outre à cet obstacle, si la question est abordée avant d'entamer le processus de médiation. Il se pourrait, en outre, que les exceptions à la publicité déjà prévues actuellement suffisent amplement pour assurer la confidentialité des informations qu'elles souhaitent ne pas voir divulguer.

Enfin, l'efficacité de la médiation en droit administratif et son attrait doivent, bien entendu, surtout être appréciés au regard des résultats auxquels elle est susceptible de mener. À cet égard, l'on est parvenu à la conclusion que la médiation

<sup>221</sup> D. MAREEN, « Het motiveringsbeginsel », in *Beginnselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 131.

<sup>222</sup> P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 169.

<sup>223</sup> C. BEX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>224</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 154 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 778.

<sup>225</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>226</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, p. 154 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 778.

<sup>227</sup> E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling en milieuvergunningen », *op. cit.*, p. 12 ; E. LANCKSWEERT, « Bemiddeling in het bestuursrecht », *op. cit.*, pp. 152 et 162 ; L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 777.

<sup>228</sup> Ces nouveaux éléments devront alors être mis en balance avec l'intérêt des particuliers qui sont parties à l'accord de médiation. Une fois encore intervient ici le rappel de la nécessité d'impliquer autant de personnes intéressées que possible, afin de limiter au maximum la survenance de plaintes, postérieures à la médiation, qui rendent le respect de l'accord plus que problématique (H.D. TOLSMAN, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij bestuurlijke besluitvorming*, *op. cit.*, p. 173 (P.-B.)).



pourrait se clôturer par des engagements de l'autorité quant à la manière d'exercer ses compétences de droit public, c'est-à-dire dans la communication et le dialogue. Elle pourrait également s'engager à adopter un acte déterminé, sous réserve que l'intérêt général ne nécessite pas l'adoption d'une autre décision.

De prime abord, ces engagements paraîtront inévitablement peu attrayants pour l'administré, dès lors qu'ils n'obligent l'autorité à aucun résultat déterminé et qu'ils ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. Toutefois, si l'autorité s'est écartée de l'accord de médiation sans motifs valables, l'administré pourra toujours contester l'acte administratif non conforme, ce qui constitue un moyen de pression non négligeable.

85. Même si nous pressentons que, compte tenu de la nature et du fonctionnement même de la technique de la médiation, les difficultés identifiées ci-dessus ne devraient apparaître qu'à la marge, la mise en place de garanties encadrant la médiation en droit administratif ne serait pas superflue. En effet, une législation<sup>229</sup> aurait pour mérite de garantir que la menace de ces difficultés ne décourage pas inutilement les parties de recourir à la médiation.

Cela passerait, tout d'abord, par la mise sur pied d'une formation et d'un système d'agrément de médiateurs en droit administratif.

Ensuite, la mise en place d'un mécanisme de suspension des délais de recours administratif et juridictionnel serait bienvenue. Cela élargirait, en effet, les opportunités de recours à la médiation, donnerait à cette dernière le temps dont elle a besoin pour s'épanouir et permettrait également d'éviter l'escalade dans le conflit qu'implique l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel. De même, une suspension des délais pour la remise des mémoires et autres pièces de procédure devant le Conseil d'État, pour le cas où la médiation aurait lieu devant lui, serait à envisager.

Par ailleurs, pour rassurer quant à la confidentialité du processus, l'on pourrait envisager de créer une nouvelle exception à la publicité administrative, applicable, en cas d'échec de la médiation, aux documents échangés lors de celle-ci, ainsi qu'une obligation de confidentialité dans le chef des parties et du médiateur, opposable aux juridictions.

86. Au-delà de ces garanties, c'est plus fondamentalement un changement de mentalité de

l'administration qui serait peut-être nécessaire. En effet, l'autorité n'a pas montré, jusqu'à présent, « un réel empressement pour la recherche de solutions amiables en cas de différends »<sup>230</sup>. La mission ne semble toutefois pas impossible. Même si les autorités administratives sont, en principe, dépourvues de sentiments et de toute émotion, elles « se réjouissent rarement d'apprendre que leurs actes sont attaqués, qu'elles vont avoir à s'expliquer devant des juges, se heurter peut-être à des annulations aux lendemains problématiques, s'exposer à devoir payer des dommages et intérêts »<sup>231</sup>.

De même, une explication des limites et mérites de cette technique à destination du public permettrait de passer le cap de la réticence, créée par l'apparente faiblesse des engagements qu'il est possible d'obtenir de l'autorité. Il faudrait s'assurer que le citoyen est bien conscient que le bienfait de la médiation n'est pas à chercher uniquement dans la force juridiquement contraignante de l'accord qu'il obtient<sup>232</sup>, ni dans le caractère irrévocable des engagements de l'autorité, mais bien dans l'écoute et la compréhension qu'il recevra de celle-ci ainsi que l'aperçu qu'il aura des rouages de la puissance publique<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Médiateurs ou médiation en droit public », *op. cit.*, p. 259.

<sup>231</sup> P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, « L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux », *op. cit.*, p. 45.

<sup>232</sup> L. DE GEYTER, « Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen », *op. cit.*, p. 779.

<sup>233</sup> L. DE GEYTER, *Bemiddeling in het bestuursrecht. Alternatieve methoden tot beslechting van bestuursgeschillen*, *op. cit.*, p. 242 ; M.M. KAAJAN, « Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling », *op. cit.*, p. 72 (P.-B.).